

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

SHELDON CARLOS MARTINS

**OS ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS: A
FRONTEIRA ENTRE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO**

FLORIANÓPOLIS

2018

SHELDON CARLOS MARTINS

**OS ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS: A
FRONTEIRA ENTRE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito para a obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Aline Beltrame de Moura

FLORIANÓPOLIS

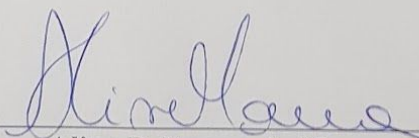
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

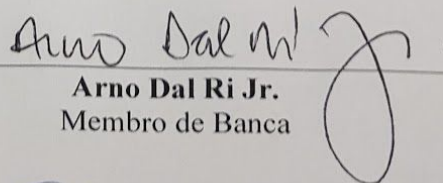
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**OS ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS: A FRONTEIRA ENTRE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Sheldon Carlos Martins**”, defendido em **06/12/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,00 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

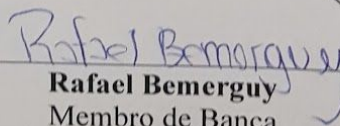
Florianópolis, 06 de Dezembro de 2018



Aline Beltrame de Moura
Professor Orientador



Arno Dal Ri Jr.
Membro de Banca



Rafael Bemerguy
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Sheldon Carlos Martins

RG: 5604114

CPF: 09525488950

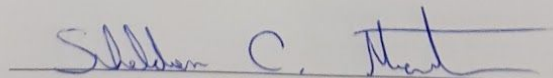
Matrícula: 14100236

Título do TCC: **OS ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE
INVESTIMENTOS: A FRONTEIRA ENTRE PROMOÇÃO E
PROTEÇÃO**

Orientador(a): Aline Beltrame de Moura

Eu, Sheldon Carlos Martins, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo,
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 06 de dezembro de 2018.



Sheldon Carlos Martins

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar o modelo brasileiro de promoção e proteção de investimentos desenvolvido em 2015, os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos, buscando suas origens e destacando as semelhanças e diferenças com a lei sul coreana, na qual se baseou. Para tanto, foi necessário verificar não só a evolução histórica da posição brasileira em relação aos investimentos internacionais, mas também a conjuntura em que se encontrava a Coreia do Sul, cujo modelo de investimentos foi utilizado pelo Brasil como inspiração, no momento da aprovação da lei que deu origem ao seu modelo de atração de investimentos. Foi dado foco aos institutos denominados Ombudsman e Comitês Conjuntos, que são objeto do terceiro capítulo. Por fim, aponta-se a resistência brasileira em utilizar a arbitragem internacional entre Estado e investidor como forma de resolução de conflito, sendo essa a principal diferença entre o modelo brasileiro de proteção de investimentos e o modelo sul coreano.

ABSTRACT

This study aims to analyze the Brazilian model of promotion and protection of investments developed in 2015, the Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments, pointing out its origins and highlighting the similarities and differences with the law on which it was based. To do so, it was necessary to verify not only the historical evolution of the Brazilian position in relation to international investments, but also the situation in which South Korea, whose investment model was used by Brazil, found itself at the time that the law which gave rise to its investment attraction model was developed. The study centered on two institutes: the Ombudsman and the Joint Committees, which are the subjects of the third chapter. Finally, the Brazilian resistance to using State-investor arbitration as a dispute resolution method was brought up, which is the main difference between the Brazilian investment model and the South Korean model.

LISTA DE SIGLAS

ACFI	Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
BIT	Bilateral Investment Treaty
BNDE	Banco Nacional do Desenvolvimento
CAMEX	Câmara Brasileira de Comércio Exterior
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina
Eximbank	Export-Import Bank of the United States
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATS	General Agreement on Trade and Services
TBI	Tratado Bilateral de Investimento
GATT	General Agreements on Tariffs and Trade
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IED	Investimento Estrangeiro Direto
IISD	International Institute for Sustainable Development
KOTRA	Korea Trade-Investment Promotion Agency
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MIGA	Agência Multilateral de Garantias de Investimentos
NAFTA	North American Free Trade Agreement
OCDE	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFIO	Office of Foreign Investment Ombudsman
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
PAEG	Programa de Ação Econômica do Governo
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E CONCEITOS	10
1.1 O Período Colonial	12
1.2 O Período Pós-colonial	15
1.3 O Período Global	19
1.4 Definições dos Objetos do Direito Internacional dos Investimentos: Investimentos Internacionais Diretos e Indiretos	23
1.2.1 Investimento estrangeiro direto e indireto	23
1.4.1 Investimentos estrangeiros diretos	24
2 O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL E PRINCIPAIS MODELOS	29
2.1 O Brasil e a recepção de investimentos no pós guerra: um destino natural	30
2.2 Da década de noventa até o presente: de receptor a investidor	33
2.3 Os TBIs e os ACFIs: análise comparada dos dois modelos e inovações do modelo brasileiro	38
2.3.1 Preâmbulos	38
2.3.2 Estrutura dos tratados	39
2.3.3 Definições	40
2.3.4 Cláusulas de proteção do investimento	41
2.3.5 Expropriação e indenização devida	44
2.3.6 Resolução de controvérsias	46
2.3.7 Inovações	48
2.4. Breves reflexões sobre a relação brasileira com os investimentos internacionais	49
3 O OMBUDSMAN E O COMITÊ CONJUNTO E SUA RECEPÇÃO NO MODELO BRASILEIRO	51
3.1 A crise asiática	52
3.2 A resposta sul-coreana	54
3.3 Funcionamento do Ombudsman sul-coreano	55
3.4 Órgão de solução de reclamações	56
3.5 Funcionamento do ombudsman nos ACFI	57
3.6 Os Comitês Conjuntos	59
3.7. Solução de Controvérsias	60
3.8 Arbitragem entre Estados	61
3.9 A efetividade do sistema	62
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto de estudo o modelo de cooperação e facilitação de investimentos idealizado pelo Brasil. Este surge como culminação de um processo de mudança na postura brasileira a respeito da recepção de investimentos internacionais e proteção de seus investidores no exterior. O país, que inicialmente era um receptor natural de investimentos, por força, sobretudo, de suas características naturais e oportunidades oferecidas, passa a exportar quantidade significativa de capital ao longo do século XXI. Nesse contexto, surge a necessidade de pensar um novo sistema que atue com eficiência em duas frentes: deve-se, ao mesmo tempo, proteger o investidor brasileiro no exterior e garantir a atratividade do Brasil para investidores estrangeiros.

As duas inovações nas quais se centra este trabalho são os pontos focais, também denominados *ombudsmen*, e os comitês conjuntos. Esses institutos tiveram como inspiração o modelo de atração de investimentos internacionais sul coreano, cuja implementação foi estudada pessoalmente por uma delegação brasileira na Coreia do Sul. O empreendimento do país asiático teve o mérito de aperfeiçoar seu regime de investimentos internacionais, tendo papel importante na superação da crise em que se encontrava em fins da década de 1990.

O problema que deu origem a esta monografia foi a necessidade de apontar tanto as semelhanças quanto às diferenças verificadas entre os institutos sul coreanos, utilizados como modelo, e os institutos brasileiros, aplicados nos ACFI. Pretendeu-se, nesse sentido, averiguar se eles são diferentes, e se há descaracterização do modelo originário. Destacando, ainda, as consequências de adotar um instituto sem que este esteja acompanhado dos elementos jurídicos que dão sustentação ao modelo sul coreano.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é cotejar os dois modelos em discussão e extrair as semelhanças e diferenças, para que se possa, posteriormente, estudar o grau de prejudicialidade ou de vantagem que as diferenças entre os modelos possam ter suscitado.

Num primeiro momento, objetiva-se caracterizar o direito internacional dos investimentos, bem como seu objeto. Será estudado o desenvolvimento histórico da

área, desde as suas origens, no século XIX, até a contemporaneidade, buscando apresentar o contexto em que avançam os fluxos de investimentos internacionais. Dividiu-se esse processo em três momentos: o período colonial; o período pós-colonial; e, por fim, o período global.

O segundo capítulo tratará do desdobramento da posição brasileira a respeito dos investimentos internacionais ao longo dos tempos, culminando com a guinada empreendida em virtude da adoção dos acordos de cooperação e facilitação de investimento. Na parte final do capítulo, será realizado um cotejo entre os ACFIs e os tradicionais TBIs, para, por fim, apresentar duas das principais inovações reveladas pelo novo modelo brasileiro.

O capítulo final, seguindo a oportunidade aberta no fim do capítulo anterior, desenvolve-se sob o ângulo dos comitês conjuntos e dos ombudsmen. Rastreou-se a origem desses institutos, valendo-se de um estudo a respeito do modelo desenvolvido pelo governo da Coreia do Sul no final da década de 1990, em resposta à crise dos tigres asiáticos, almejando dinamizar a economia daquele país. Pretendeu-se delimitar as semelhanças justificadas pelo recurso brasileiro ao instituto, com o intuito de, posteriormente, focar-se nos pontos em que o Brasil distanciou-se dele, apresentando soluções diversas, que tornaram a recorrer às posições históricas mantidas pelo Brasil no âmbito internacional.

Este trabalho é finalizado com o questionamento sobre a maneira como o modelo brasileiro foi importado, fazendo uma conexão com a posição histórica brasileira conforme definida no segundo capítulo. Argumenta-se que, ao abrir mão da aplicação de determinados elementos do modelo sul-coreano, os ACFIs descaracterizaram atributos importantes, que respondem em grande medida pelo sucesso da iniciativa do país asiático.

1 DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E CONCEITOS

Este capítulo visa a traçar um perfil histórico do desenvolvimento dos investimentos internacionais, além de apresentar um panorama geral das discussões sobre a definição de investimentos. Em geral, a bibliografia especializada divide os períodos de desenvolvimento da Direito Internacional dos Investimentos em três fases: período colonial; período pós-colonial; período global. O capítulo inicia com apontamentos gerais sobre o estado do regime internacional de investimentos no século XVIII, momento em que se encontrava em seu nascedouro e ainda não dispunha de instrumentais próprios. Cláusulas de investimento restringiam-se a tratados comerciais, e parte dos investimentos encontrava-se ligada ao sistema econômico colonial. As independências do século XIX introduziram novas realidades na disciplina. Novos países surgiram, novas necessidades, e novas soluções.

O período pós-colonial, por sua vez, foi assim denominado em virtude do fenômeno da descolonização, que, ao longo do pós-segunda guerra mundial, influenciou os rumos da política internacional. Os investimentos internacionais, nesse período, tinham como principal objetivo proteger o capital e a propriedade dos países investidores diante de expropriações, que aumentaram em razão das particularidades de um sistema internacional bipolar e do anseio por soberania e autonomia dos Estados recém independentes. Desenvolvem-se, como resposta às expropriações, Tratados Bilaterais de Investimento que, pela primeira vez, tratam dessa temática com exclusividade, sem estarem vinculados a cláusulas comerciais.

O período global caracteriza-se pelo aprofundamento do processo de globalização. Este traz novas necessidades para o âmbito dos investimentos internacionais; o conceito de investimento amplia-se para abarcar não só a necessidade de proteger os recursos aplicados no exterior, mas também como mecanismo de liberalização da economia internacional, sob o signo das novas ideias sinalizadas após o fim da Guerra Fria. É nesse período que os Tratados Bilaterais de Investimento popularizam-se; só o Brasil, tradicionalmente alheio ao sistema, assinou quatorze, embora não viesse a ratificá-los. Antes quase exclusivamente centrados no movimento de capital dos países desenvolvidos para os países em

desenvolvimento, a partir de então, o fluxo de investimentos passou a tornar-se equilibrado.

Na segunda parte do capítulo, aborda-se o problema da definição de investimento estrangeiro, que é fonte de muitos debates na área. Isso ocorre pois as definições delineiam o objeto de proteção do Direito Internacional dos Investimentos, de modo que interesses diversos tomam parte no debate. Em virtude da discrepância do interesse das partes na discussão, perde-se em precisão na definição. Esta, portanto, permanece suficientemente aberta para abarcar os conflitos de interesses sem impedir a evolução da disciplina.

O processo de globalização vêm moldando significativamente o modo como ocorrem as interações sociais. O "breve século XX", assim denominado pelo historiador Eric Hobsbawm¹, caracteriza-se pelo salto de intensidade que definiu ampla gama de empreendimentos humanos.

Seja no âmbito dos conflitos, cujas imagens das duas guerras mundiais ainda ressoa perenemente no imaginário social, seja no âmbito das ciências, cujos métodos e novas disciplinas revolucionaram a inserção humana no espaço, seja no âmbito socioeconômico, a vocação do homem para impactar seu entorno potencializou-se.

Como não poderia ser diferente, os amplos movimentos que ocorreram nesse período fazem parte do objeto de diversas disciplinas, que abordam esses fenômenos sob diferentes enfoques: o deslocamento de pessoas e empresas, quando estudados pela geografia, isolam, dentre uma multiplicidade de fatores, a relação do homem com o território; quando estudados pela economia, suas relações de produção; quando estudados pelo direito, seu enquadramento em estruturas de regulação, exemplos grosseiramente definidos, mas que ainda assim demonstram a complexidade que gira em torno da tentativa de compreender os acontecimentos das últimas décadas.

Nesse contexto, a inserção internacional do Estado-Nação tornou-se altamente interdependente, e os fluxos de intercâmbio intensificaram-se ao ponto de

¹ HOBBSAWM, Eric J.; SANTARRITA, Marcos; PAOLI, Maria Célia. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

a economia global, caracterizada pela mobilidade dos fatores de produção, sentir os efeitos de tomadas de decisões locais com mais força do que outrora.

As crises econômicas que abalaram o mundo nas últimas décadas atestam o potencial que abalos localizados se dispersem por todo o sistema com rapidez inédita; a disponibilidade de informação não se reduziu, portanto, como não poderia deixar de ser, à transmissão do conhecimento. O espraiamento do fenômeno econômico tem como um de seus principais vetores os investimentos internacionais. Empresas e investidores em geral ampliam seu escopo de atuação como forma de lucrar em mercados que se encontram em diferentes níveis de desenvolvimento. E é do desenvolvimento histórico desse fenômeno que se tratará adiante.

1.1 O Período Colonial

Embora os investimentos internacionais tenham se amplificado agudamente ao longo da segunda metade do século XX, eles não são fenômeno particularmente contemporâneo. Desde o século XVIII já se verifica, em países como os Estados Unidos, a assinatura de tratados de Amizade, Comércio e Navegação², que, se não tinham objetivos exclusivamente de investimento, traziam elementos que indicam o posterior desenvolvimento da área.

Esses tratados levavam cláusulas que não soariam estranhas aos ouvidos contemporâneos, tais como as cláusulas de nação mais favorecida, as cláusulas de proteção especial, além de as cláusulas que previam o pagamento de compensação no evento de expropriação³. Esses documentos, no entanto, abordavam os investimentos incidentalmente, não delineando, portanto as especificidades da matéria que viriam a se desenvolver futuramente.

Durante o século XIX, destacava-se na América Latina a Doutrina Calvo, a qual postulava que os investimentos internacionais, na região, teriam, no máximo, o mesmo tratamento dispensado aos investidores nacionais. Essa postura limitava sobremaneira o fluxo de capitais, na medida em que não se comprazia com o que era entendido pelos investidores como padrão de tratamento mínimo a ser

² VANDEVELDE, Kenneth J. A brief history of international investment agreements. **UC Davis J. Int'l L. & Pol'y**, v. 12, p. 157, 2005, p. 158.

³ *Ibid.*, p. 159.

dispensado. Tal doutrina surgiu no contexto das múltiplas intervenções estrangeiras na América Latina, cujo intuito era, sob o manto do instituto da proteção diplomática⁴, resguardar os interesses de seus nacionais nos países recém-independentes.

Nesse sentido, pode-se apontar o bloqueio dos portos argentinos pelas forças francesas entre 1838 e 1849, sob a justificativa de proteger os direitos creditícios de seus cidadãos; destaca-se, também, a intervenção da França e da Grã-Bretanha no Rio da Prata entre 1843 e 1850, além de outros episódios que vieram, eventualmente, a gerar forte oposição dos países da América Latina, consubstanciados da Doutrina supracitada.

A despeito da ideia de que haveria um padrão internacional de proteção aos investimentos, estes não eram claros e definidos o suficientes para conformarem sistema compreensível de normas aplicáveis aos casos concretos⁵. Ademais, na época, a resolução de conflitos ocorria somente entre os Estados, isto é, o pleito do agente privado teria de ser assumido pelo Estado para poder alcançar o mecanismo de resolução de conflitos internacional. Esse sistema é problemático, pois eleva conflitos de entes privados a níveis político-diplomáticos, prejudicando, portanto, as relações bilaterais dos países dos nacionais em disputa.

No âmbito da expansão imperialista, por outro lado, não se observava a necessidade de construção de sistema de proteção de investimento, já que as relações entre metrópole e colônia garantiam-nas por si só⁶. Ainda, na América Latina, exerceu importante influência o advento da Doutrina Monroe, cujo principal postulado afirmava a "América para os americanos", no sentido de afastar eventual tentativa de recolonização pelos países europeus, mas, no fundo, garantindo os interesses da incipiente nação norte americana, que buscava sua inserção no sistema internacional⁷.

A doutrina abertamente autorizava a utilização da força como meio de garantir a arrecadação de débitos devidos a cidadãos americanos. Foi somente no século

⁴ FERNANDES, Érika Capella. A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros: análise da posição latino-americana frente ao ICSID. 2015, p. 107.

⁵ VANDEVELDE, Kenneth J. *Op. cit.*, p. 159.

⁶ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. Cambridge university press, 2017, p. 20

⁷ DE SOUZA, Christiane Laidler. A Doutrina Drago e as relações entre as repúblicas americanas. 2008, p. 2.

XX, por força da política da boa vizinhança da administração Roosevelt, que a Doutrina Monroe saiu de prática, inaugurando novo período nas relações com os países latinoamericanos.⁸

No século XX, o primeiro evento histórico a impactar fundamentalmente o sistema internacional de investimentos foi a Revolução Russa. A crescente influência da ideologia comunista trouxe novas fundamentações para as práticas de expropriação e nacionalização da propriedade estrangeira, o que gerou debates a respeito de modos de compensação pelos eventuais prejuízos sofridos pelos investidores⁹.

Como forma de contornar o problema, previu-se que, seria devido, no evento de expropriações, o pagamento de compensação no formato "lump sum", o que não encerrou, no entanto, o debate a respeito do tema dos padrões internacionais de proteção aos investimentos.¹⁰

O período colonial caracteriza-se, em resumo, por não diferenciar as provisões relacionadas aos investimentos e às transações comerciais; o enfoque dos tratados era em garantir o estabelecimento de relações comerciais entre os estados contratantes; o conjunto de tratados era limitado, e as proteções conferidas eram fracas, o que dava azo à utilização da força, pelos países cuja propriedade era ameaçada, como meio para assegurar os interesses de seus nacionais¹¹.

⁸ SEXTON, Jay. **The Monroe Doctrine: Empire and Nation in Nineteenth-Century America**. Hill and Wang, 2011, p. 3

⁹ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Op. cit*, p. 21

¹⁰ *Ibid.*, p. 21

¹¹ VANDEVELDE, Kenneth J. *Op. cit*, p. 161.

1.2 O Período Pós-colonial

Segundo Valdeverde¹², três grandes eventos moldaram o Direito Internacional dos Investimentos no período pós-colonial: 1) a reação internacional no campo econômico no período pós guerra pelas crises da década de 1920, que assolaram a economia internacional ; 2) o processo de descolonização, que ganhou força na década de 60 do século XX e introduziu no cenário internacional dezenas de novos países prontos para demandarem suas posições no cenário internacional; 3) a emergência do bloco socialista, liderado pela União Soviética, cuja visão a respeito da manutenção da propriedade de investidores internacionais era orientada por ideais marxistas.

Muitos entendiam que os elevados níveis de protecionismo durante a década de vinte eram os motivos da Grande Depressão. Por isso, em 1947, os países aliados, saindo vitoriosos da Segunda Guerra Mundial, construíram um sistema que previa a liberalização do comércio internacional, consubstanciado no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT, na sigla em inglês)¹³.

O acordo era medida que se conformava com o sistema forjado na Conferência de Bretton Woods, de 1944, por meio da qual criaram-se o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Fundo Monetário Internacional (FMI). Previa-se que o GATT limitar-se-ia à regulação do aspecto comercial do sistema internacional, por meio da multilateralização de sua estrutura; a Carta de Havana, que consolidaria a organização internacional responsável pelo sistema, abarcaria, também, o regime de investimentos internacionais¹⁴.

No entanto, o Congresso norte-americano não aprovou o documento, e sua falta de apoio eventualmente levou à derrocada do mecanismo. Seria somente na década de 90, com a criação da Organização Mundial do Comércio, que ele seria criado¹⁵. Por conta disso, o sistema internacional de regulação dos investimentos

¹² *Ibid.*, p. 160.

¹³ *Ibid.*, p. 162.

¹⁴ *Ibid.*, p. 162.

¹⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Understand the WTO: Basics: The Uruguay Round.** Disponível em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact5_e.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

continuou essencialmente bilateral, não seguindo, portanto, o mesmo caminho do regime de comércio.

Os acordos de Amizade, Comércio e Navegação continuaram a ser assinados pelos Estados Unidos. Suas provisões, no entanto, passaram a refletir o interesse de regular os investimentos internacionais, na medida em que o propósito original desse tipo de acordo já era contemplado pelo recém-criado GATT. Os novos acordos introduziam várias inovações, como a expansão da sua proteção às empresas, além das provisões sobre controles cambiais. As tradicionais cláusulas de nação mais favorecida, tratamento igualitário e proteção e segurança continuavam figurando nos tratados¹⁶.

A mais importante inovação no entanto, foi a introdução da previsão de jurisdição da Corte Internacional de Justiça em caso de conflito. Embora ainda fosse necessária a exaustão de todos os remédios locais antes da remessa da disputa para o âmbito internacional, tal medida resolvia parcialmente o problema da necessidade de consentimento dos Estados receptores de investimento para o estabelecimento de painéis de arbitragem¹⁷.

O processo de descolonização também exerceu importante influência no desenvolvimento do sistema internacional de investimentos. As novas nações, recentemente independentes, viam com suspeita a presença de capital internacional em seus territórios. Acreditava-se que sua presença prejudicaria sua independência e sua soberania, motivo pelo qual muitas expropriações ocorreram durante o período inicial desse processo.

Destaca-se, no período, a adoção de medidas de substituição de importações, voltadas a reduzir a dependência dos países do terceiro mundo do capital estrangeiro. Na América Latina, tais medidas foram teorizadas por Raúl Prebisch, no seio da CEPAL, no fim da década de quarenta, dando bases ideológicas ao pleito dos novos países independentes.

Por fim, a emergência do bloco socialista trouxe nova realidade ao Direito Internacional dos Investimentos. A ideologia esposada pela União Soviética provia justificação para as expropriações das propriedades estrangeiras, sob o argumento

¹⁶ VANDEVELDE, Kenneth J. *Op. cit.*, p. 163.

¹⁷ *Ibid.*, p. 165.

de que tratava-se, na realidade de exploração exercida pelos detentores de capital, em consonância com a ideologia marxista. Importante fator que conferiu influência ao bloco socialista foi sua maioria numérica na Assembleia Geral das Nações Unidas¹⁸.

Seu peso relativo conferiu-lhes poder decisório, e, por isso, a Assembleia Geral da ONU aprovou, em março de 1974, a Declaração de Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial (resolução 3.201) e, em dezembro, a Carta de Direitos e Deveres dos Estados (resolução 3.281). Os documentos afirmavam o direito de nacionalização e de transferência de propriedade para os nacionais do país receptor de investimentos¹⁹.

A primeira declaração, de março, não previa qualquer direito a compensação. A carta de dezembro, por sua vez, previa-o, no entanto, meramente como sugestão; além disso, o direito de compensação deveria ser previsto pelo direito interno do Estado hospedeiro dos investimentos, o que, em certa medida, tornava a legislação inócua²⁰.

A reação dos países desenvolvidos foi a criação dos Tratados Bilaterais de Investimento (TBI, ou BIT, na sigla em inglês). A Alemanha, fragilizada por sua derrota na Segunda Guerra Mundial, foi a primeira a assinar um TBI. Em 1959 assinou o tratado com o Paquistão e com a República Dominicana. França, concluiu seu primeiro tratado em 1960, a Suíça, em 1961, a Holanda, em 1963, a Itália e a Bélgica, em 1964, entre outros países. A adoção da Declaração de Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial e a Carta de Direitos e Deveres do Estado desencadeou inúmeras expropriações na década de 70, o que impulsionou a assinatura de TBIs nessa década²¹.

Os TBIs tratavam exclusivamente de investimento. Uma inovação, portanto, ao movimento histórico anterior que introduzia tanto cláusulas comerciais quanto cláusulas de investimento nos mesmos tratados, reduzindo a importância destes. Os tratados eram, em geral, assinados pelos países desenvolvidos com o intuito de proteger seus investimentos em países em desenvolvimento. Estes se limitavam a

¹⁸ *Ibid*, p. 167.

¹⁹ *Ibid.*, p. 167.

²⁰ *Ibid.*, p. 168.

²¹ *Ibid.*, p. 170.

aceitar as cláusulas delineadas por aqueles. As obrigações assumidas por ambas as partes eram as mesmas, no entanto, a percepção geral era de que as responsabilidades limitavam muito mais os países em desenvolvimento, pois, na prática, eram estes os receptores líquidos de investimento. No entanto, em geral, eles eram aceitos, pois esses países estavam interessados em impulsionar suas balanças comerciais por meio da atração de investimentos²².

Os Tratados de Amizade e Cooperação, desenvolvidos pelos EUA no século XVIII, continuaram a ser utilizados até a década de 60, pois diferiam-se dos TBIs em sua natureza. Esses tratados objetivavam criar vínculos comerciais bilaterais, enquanto os TBIs tratavam exclusivamente de investimentos.

No entanto, o estabelecimento de Tratados de Amizade e Cooperação passaram a se tornarem ultrapassados, porque o sistema internacional de comércio criado em Bretton Woods delimitava, em si, as funções de compêndio geral de regras comerciais. Os documentos assinados pelos EUA, portanto, passaram, com o tempo, a perder seu objeto, pelo que foram paulatinamente abandonados²³.

No entanto, ainda existia o anseio de criar um sistema que defendesse eficientemente as propriedades dos investidores contra expropriações inadvertidas. Nesse sentido, os países, especialmente os EUA, passaram a desenvolver um sistema de regras comuns a todos os seus TBIs, inserindo no seu modelo a provisão de pagamento de compensação adequada, efetiva e sem demora. A intenção era criar, por meio da repetição voluntária de determinadas regras nos tratados, um costume internacional que pudesse ser aplicado a todos os investimentos, independentemente da existência de tratado²⁴.

O volume de assinatura dos novos acordos bilaterais cresceu lentamente ao longo das décadas de 60, 70 e 80, mas não mostraram o desenvolvimento explosivo que viriam a ter futuramente. De 1959 a 1989, somente 386 tratados foram assinados, número baixo, ao comparar-se com os mais de 2500 TBIs assinados atualmente²⁵.

²² SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Op. cit.*, p. 23

²³ VANDEVELDE, Kenneth J. *Op. cit.*, p. 166.

²⁴ *Ibid.*, p. 171.

²⁵ SACHS, Lisa; SAUVANT, Karl P. BITs, DTTs, and FDI flows: An overview. 2009, p. 7

Os TBIs previam, como mais uma de suas inovações, a previsão da submissão de eventuais conflitos à arbitragem internacional, não restrita à Corte Internacional de Justiça, como previa, anteriormente, os Tratados de Amizade e Cooperação. Tal previsão tornou-se possível em virtude da criação, em 1965, do International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID, em inglês, filiada ao Banco Mundial. O mecanismo criava um fórum para resolução de disputas especializado, podendo ser utilizado, inclusive, por países que dele não eram membros.

Os TBIs não requeriam que os reclamantes utilizassem todos os meios disponíveis para resolução de conflito antes da aplicação da cláusula arbitral. No máximo, previa um tempo mínimo pelo qual ela deveria explorar os instrumentos locais para resolução do conflito, podendo, mais tarde, utilizar-se da arbitragem *ad hoc*²⁶.

1.3 O Período Global

Importantes eventos ocorridos no fim do século XX anunciaram nova era na política internacional. O impacto que esses eventos tiveram na evolução do Direito Internacional dos Investimentos foi grande. Se, após a Segunda Guerra Mundial, falava-se em bipolaridade, em constante estado de tensão entre as duas maiores potências do mundo e em divisão dos Estados em campos ideológicos definidos, assim que a União Soviética sucumbe por força do esgotamento de seu sistema, as placas tectônicas das relações internacionais deslocaram-se.

Alguns analistas anunciaram, prematuramente, o "fim da história"²⁷, declarando o ocidente vencedor, consubstanciado em ideais liberais, econômica e politicamente. O esforço militar da Guerra do Golfo, cujo objetivo era refrear a agressão ao Kuwait empreendida por Sadam Hussein, parecia demonstrar o potencial de cooperação do novo sistema internacional.

²⁶ VANDEVELDE, Kenneth J. *Op. cit.*, p. 175.

²⁷ FUKUYAMA, Francis. The end of history?. *The national interest*, n. 16, p. 3-18, 1989.

O fim da Rodada de Uruguai, iniciada em 1986 e desacreditada desde o início, marcou a renovação de um sistema comercial fundado no pós-guerra²⁸. A OMC representava aquilo que não foi alcançado no esforço de Bretton Woods, além de renovar e racionalizar o conjunto de normas que vinha sendo aplicado até então por intermédio do GATT.

Embora não tratasse especificamente de investimentos em instrumento separado, a OMC introduziu, em diversos documentos, provisões relacionadas a investimentos, trazendo-os para sua jurisdição. Elementos do Acordo Geral de Comércio em Serviços (GATS, na sigla em inglês) traziam em suas definições características dos investimentos, conforme se observa no website da instituição:

Commercial presence implies that a service supplier of one Member establishes a territorial presence, including through ownership or lease of premises, in another Member's territory to provide a service (e.g. domestic subsidiaries of foreign insurance companies or hotel chains) [...]²⁹

O conceito de presença comercial, portanto, implica necessariamente no estabelecimento de investimento em país receptor. Há, ainda, outros instrumentos previstos na estrutura da OMC que abordam o tema, cuja delineação sistematiza-se em três pilares:

1. A Working Group established in 1996 conducts analytical work on the relationship between trade and investment.
2. The Agreement on Trade-Related Investment Measures ("TRIMs Agreement"), one of the Multilateral Agreements on Trade in Goods, prohibits trade-related investment measures, such as local content requirements, that are inconsistent with basic provisions of GATT 1994.

²⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Understand the WTO: Basics:** The Uruguay Round. Disponível em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact5_e.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

²⁹WORLD TRADE ORGANIZATION. **The General Agreement on Trade in Services (GATS): objectives, coverage and disciplines.** Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsqa_e.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

3. The General Agreement on Trade in Services addresses foreign investment in services as one of four modes of supply of services.

30

Além das provisões que tratam de investimentos na OMC, o número de TBIs, no período tratado, aumentou vertiginosamente. Uma das razões para que isso tenha ocorrido é a percepção de que um sistema econômico baseado na liberalização do fluxo de capitais é mais propenso a atrair riquezas. Isso foi demonstrado pelo crescimento das economias asiáticas, que, no fim do século XX, haviam crescido três vezes mais que as latino-americanas e vinte e cinco vezes mais do que a economia africana³¹.

Outra razão para o aumento da confiança a respeito dos tratados de investimento foi o fato de que, durante a década de oitenta, os Estados Unidos passaram por crise em sua economia, e, por isso, reduziram a disponibilização de crédito; a necessidade de financiamento do país em crise fê-lo reduzir a quantidade de dólares em circulação na economia internacional, absorvendo parte do capital disponível para investimentos³².

A indisponibilidade financeira americana levou-os a reduzir suas contribuições para os organismos multilaterais voltados para o desenvolvimento, agravando ainda mais o problema dos balanços de pagamento dos países em desenvolvimento.

Por essas razões, os países latino americanos optaram por abandonar a Doutrina Calvo, tornando-se mais receptivos aos interesses dos investidores internacionais. As provisões sobre o tema multiplicaram-se não só em razão das provisões do sistema da OMC, mas também em virtude do interesse por maior liberalização entre os países negociantes. Não se concebia, anteriormente, as possibilidades de abertura econômica dos países, o que impediu a previsão de normas mais ousadas no Tratado da OMC³³.

O problema foi resolvido com o estabelecimento de acordos bilaterais e regionais contendo provisões sobre investimento. Nota-se, a partir da década de

³⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Trade and Investment**. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/invest_e.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

³¹ VANDEVELDE, Kenneth J. *Op. cit.*, p. 177.

³² *Ibid.*, p. 178.

³³ *Ibid.*, p. 180.

noventa, a tendência à regionalização da política econômica internacional, com o estabelecimento de blocos como o NAFTA e o MERCOSUL.

As mudanças não se limitaram ao campo material. Os objetivos dos países, ao negociarem a proteção de seus investimentos, passou da ideia de defesa em relação às barreiras comerciais impostas pelos países em desenvolvimento para a ideia de que a liberalização econômica poderia ser vantajosa para todas as partes³⁴.

É importante destacar que, com a nova tendência à não distinção entre tratados sobre comércio e sobre investimento, as possibilidades de negociação entre as diferentes áreas tornou-se possível, isto é, se antes o poder de barganha limitava-se a investimentos, a partir daí, um país em desenvolvimento poderia negociar a concessão de proteção a investidores sob condições de remoção de barreiras em outras áreas, como forma de fomento do comércio para ambas as partes³⁵.

Ainda no âmbito das ideias, a distinção entre país receptor de investimentos e país investidor se tornou indefinida. No período pós-colonial, a condição dos países desenvolvidos de exportador de capital era clara, mas no período global, esses países passaram a receber grandes quantidades de investimentos³⁶.

O estoque de investimentos diretos estrangeiros nos Estados Unidos, por exemplo, passaram de \$83 bilhões na década de 80 para \$1,5 trilhão em 2003. A maior parte dos investimentos, a partir de então, passaram a ocorrer entre países em desenvolvimento. Estes passaram, então, a sentir a necessidade de abraçar as provisões que até então rejeitavam, pois se fazia necessária a proteção de seus nacionais. Atualmente, mais de 170 países fazem parte de pelo menos um TBI³⁷.

³⁴ *Ibid.*, p. 183.

³⁵ *Ibid.*, p. 181.

³⁶ BERGE, Tarald Laudal. **The power of expertise in BIT negotiations**. 2016. Disponível em: <<http://mappinginvestmenttreaties.com/blog/2016/10/power-expertise/>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

³⁷ VANDELDELDE, Kenneth J. *Op. cit*, p. 184.

1.4 Definições dos Objetos do Direito Internacional dos Investimentos: Investimentos Internacionais Diretos e Indiretos

A regulação jurídica dos investimentos internacionais é fenômeno que abrange elementos da ciência econômica. O movimento de capitais, objeto de estudo da disciplina, tem influência multifária, na medida em que o capital, quer representado pela moeda, quer representado por bens de capital, atua sobre o campo de possibilidades dos agentes econômicos.

1.2.1 Investimento estrangeiro direto e indireto

Uma das principais distinções no Direito Internacional dos Investimentos é a ocorrida entre Investimentos Diretos e Indiretos. Os primeiros caracterizam-se pelo estabelecimento de interesse duradouro e maior participação do investidor na economia do país hospedeiro. Como exemplo, pode-se apontar a evolução recente da economia chinesa, que, em virtude do aumento dos salários no mercado interno, passou a exportar capital para buscar condições mais baratas de produção. Os investimentos chineses ao redor do mundo abundam, bastando lembrar da Nova Rota da Seda, que tem aplicado mais de 120 bilhões de dólares em investimentos em infraestrutura no região da eurásia³⁸. Os segundos, por sua vez, caracterizam-se pela compra de ações, fornecimento de empréstimos e financiamentos a longo prazo.

Este trabalho concentra-se nos primeiros, pois são elemento fundamental dos principais acordos internacionais de investimento, além de constituírem objeto do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, modelo desenvolvido pelo Brasil.

³⁸ ABDENUR, Adriana Erthal; MUGGAH, Robert. **A Nova Rota da Seda e o Brasil**. 2017. Disponível em: <<http://diplomatie.org.br/a-nova-rota-da-seda-e-o-brasil/>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

1.4.1 Investimentos estrangeiros diretos

O conceito de investimento é elusivo. Segundo Ely³⁹, ele pode ser definido como *"sacrifício do consumo imediato em favor da realização de uma despesa com objetivo de resultado lucrativo no futuro"*.

Ao longo do tempo, as definições de investimento ganharam diferentes contornos, pois estavam, frequentemente, vinculadas a interesses políticos e econômicos das partes envolvidas. Por isso, embora haja definição mais ou menos estável atualmente, não se pode ignorar o fato de seu relativo condicionamento às conjunturas internacionais⁴⁰.

As justificativas para a proliferação das economias por meio de investimentos nem sempre foram as mesmas. Se, no período colonial, os interesses centravam-se na abertura econômica dos países hospedeiros e na proteção dos nacionais dos países investidores, essas concepções mudaram de acordo com o estado econômico da política internacional. No século XIX, percebe-se o interesse em garantir a proteção dos investimentos diante das independências das ex-colônias. Em parte do século XX, buscou-se proteger os contratos de concessão para extração de recursos naturais, em virtude da concentração dos investimentos no setor primário⁴¹.

No entanto, o processo de globalização e de progresso técnico deslocou os investimentos (e junto suas definições) para abarcar o intenso fluxo de inovações tecnológicas. Nesta área, surgem as principais discussões sobre direito autoral, levantando-se a necessidade de sua proteção nos países hospedeiros. Ganha destaque, então, o setor de serviços, concentrando recursos financeiros que antes eram destinados à indústria⁴².

Para distinguir os investimentos internacionais diretos e indiretos, adotam-se alguns critérios, os quais esclarece Ely:

É comum, no âmbito econômico, a distinção entre o investimento direto e o investimento indireto. O investimento direto corresponde

³⁹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Op. cit., p. 11

⁴⁰ *Ibid.* p. 11

⁴¹ *Idem*

⁴² *Ibid.*, p. 12

àquele caracterizado por (a) propriedade de maior parcela de cotas ou ações, (b) exercício de controle ou administração, (c) objetivo de exercício da atividade produtiva específica e (d) interesse contínuo e duradouro na atividade. O investimento indireto - também denominado de portfólio - se caracteriza, por outro lado, pôr (a) propriedade de parcela pequena ou pouco significativa do capital da empresa, (b) ausência de controle, (c) objetivo especulativo, (d) duração do interesse variável conforme valor de mercado dos ativos⁴³

A medida que se sentiu a necessidade de regular o fenômeno dos investimentos, seu conceito passou a ter o escopo ampliado. Isso ocorria porque havia diversos interesses envolvidos nas transações, de modo que, para manter a proteção o mais abrangente possível, sentia-se a necessidade de mantê-la abstrata o suficiente⁴⁴.

Curiosamente, a definição de investimento internacional ganha diferentes contornos a depender do tipo de interesse que se discute. Quando discute-se a liberalização ou o controle de capital, as definições tornam-se mais restritas. Por outro lado, quando se trata de proteger os investimentos, as definições tendem a ser mais amplas⁴⁵.

No mesmo sentido, exportadores de capital, isto é, países que tendem a ser investidores, preferem manter a definição ampla, enquanto os países importadores, como hospedeiros dos investimentos, buscam reduzir o escopo da definição com o intuito de atrair investimentos sem abrir mão da possibilidade de aplicar políticas públicas. Em geral, no entanto, preferem-se as definições amplas às restritas⁴⁶.

Buscando dar definição clara sobre investimentos internacionais, a UNCTAD estabeleceu três critérios, conforme expõe Ely: baseada em ativos, baseada em empresa e baseada em transação. A primeira delas tendia a ser utilizada como modo de proteção aos investidores, pois dava enfoque aos recursos utilizados e seus desdobramentos no país hospedeiro, tendendo a incluir "bens e fluxos de capitais, propriedades móveis e imóveis, ações ou bens em sociedades, propriedade intelectual e concessões. A segunda baseia-se no controle das sociedades já

⁴³ *Ibid.*, p. 12

⁴⁴ *Ibid.*, p. 14

⁴⁵ *Ibid.*, p. 15

⁴⁶ *Ibid.*, p. 15

existentes, enquanto a terceira protege as movimentações financeiras por meio das quais os ativos são adquiridos⁴⁷.

O que se observa, atualmente, é que as definições baseadas em ativos se tornaram mais relevantes novamente, pois, em certa medida, elas têm caráter bifronte: servem tanto como proteção de investimento quanto como motor de liberalização⁴⁸.

Diante da indefinição do conceito de investimento estrangeiro, os tratados bilaterais de investimento tendem a oferecer definições mais restritas, como expõe Ely:

Diante da amplitude adquirida pelo termo investimento, os tratados bilaterais vêm adotando a postura de limitar sua definição. Diversas são as formas de delimitação: (I) quanto aos investimentos permitidos pelo governo ou realizados de acordo com a legislação nacional do país receptor; (II) quanto ao momento de estabelecimento do investimento; (III) quanto à natureza do investimento; (IV) quanto ao tamanho do investimento; (v) quanto ao setor da economia; entre outros⁴⁹.

Cabe apontar, também, o modelo proposto pelo International Institute for Sustainable Development (IISD), que propõe como critério de definição do investimento internacional a colaboração do fluxo de capital no desenvolvimento da economia do país hospedeiro⁵⁰.

No entanto, o Modelo de Tratado Bilateral de Investimentos dos Estados Unidos de 2012, utilizado atualmente como paradigma, estabelece definição ampla para o conceito, seguindo tendência recente na área⁵¹.

O ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes, é um dos fóruns voltados para a solução de controvérsias mais importantes do sistema de investimentos estrangeiros. Ele foi criado no seio do Banco Mundial, em 18 de março de 1965, na Convenção Sobre a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos

⁴⁷ *Ibid.*, p. 16

⁴⁸ *Ibid.*, p. 17

⁴⁹ *Ibid.*, p. 18

⁵⁰ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. **Investment:** Without investment, sustainable development is impossible.. Disponível em: <<http://www.iisd.org/topic/investment>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁵¹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Op. cit.*, p. 22

entre Estados e Nacionais de Outros Estados, chamada Convenção de Washington. Criou sistema de regras cujo objetivo era complementar o que já vinha sendo construído em torno do Direito Internacional de Investimentos. Ao apontar definição para investimento, o Tratado, entretanto, foi vago - estratégia importante para manter amplo o escopo jurisdicional. Ele prevê que o estabelecimento da jurisdição do ICSID depende da existência de controvérsia de natureza jurídica e de a controvérsia originar-se em transação qualificada como investimento⁵².

Diante da abrangência dos termos, delineia-se a tendência do organismo internacional de relegar aos Estados maior liberdade na definição de investimento estrangeiro. Além disso, o centro resguarda-se da inevitável evolução temporal do conceito, fenômeno que, conforme já exposto, não é incomum⁵³.

Os tribunais arbitrais, responsáveis por atuar como instância imparcial no julgamento das controvérsias surgidas entre Estado e investidor, acabaram absorvendo importante função de agente definidor do conceito de investimento internacional, exercendo papel fundamental no processo de desenvolvimento da disciplina legal. O caso *Fedax N. V. v. Republic of Venezuela*⁵⁴ foi uma das primeiras ocasiões em que um tribunal arbitral analisou os critérios a fundo, estabelecendo diretrizes para o delineamento da matéria. Definiu-se que os critérios deveriam ser necessariamente amplos, que é o modo mais comum de interpretação⁵⁵.

No caso *Ceskoslovenska Obchodní Banka A.S. (CSOB) v. Slovak Republic*⁵⁶, foram apresentadas regras mais claras, carregando, ainda, elementos do caso *Fedax*. De acordo com o tribunal, a análise deveria ser feita em dois níveis: o primeiro deles dizia respeito à identificação de investimento estrangeiro, conforme definido na Convenção de Washington; em seguida, o tribunal deveria analisar os termos do tratado estabelecido entre as partes. Estabelecia-se, desse modo, duplo crivo de admissibilidade⁵⁷.

Três elementos importantes para a doutrina do Direito Internacional dos Investimentos estavam presentes no caso *Ceskoslovenska Obchodní Banka*: a

⁵² XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Op. cit.*, p. 24

⁵³ *Ibid.*, p. 25

⁵⁴ VENEZUELA, *Fedax NV. ICSID Case No. ARB/96/3*, Award, 9 March, 1998.

⁵⁵ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Op. cit.*, p. 27

⁵⁶ BANKA, *Ceskoslovenska Obchodni. AS v the Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4*, 1999.

⁵⁷ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Op. cit.*, p. 28

expectativa de retorno financeiro; a existência de risco e a contribuição para o desenvolvimento econômico do Estado. Critérios esses que foram sintetizados na obra de Christoph Schreuer, com a adição dos seguintes: a) duração; b) regularidade de retorno financeiro e lucro; c) comprometimento substancial; d) risco; e) significância para o desenvolvimento do Estado⁵⁸.

As duas principais tendências dos tribunais arbitrais resumem-se na utilização, ora do método indutivo, verificando caso a caso as possíveis definições, ora do método dedutivo, estabelecendo conceito geral de investimento para, a partir daí, aplicar em todos os casos que surgissem. Em 2001, entretanto, o caso *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*⁵⁹ estabeleceu a utilização do método dedutivo. Apontou quatro critérios para a definição de investimentos, conforme aponta Ely:

A principal contribuição do caso Salini foi estabelecer - pela primeira vez - uma verdadeira definição de investimentos, fundamentada em quatro elementos constitutivos passíveis de serem objetivamente aferidos pelos tribunais: a) existência de uma contribuição, b) duração; c) participação nos riscos e d) contribuição para o desenvolvimento econômico do Estado hospedeiro⁶⁰.

Além dos critérios citados, em decisão posterior, no caso *Phoenix Action Ltd v. The Czech Republic*, incluiu-se a boa-fé no segundo nível de definição (o arbitral). Nesse caso, argumentava-se que a empresa estabeleceu-se na República Checa com o único intuito de provocar a jurisdição do tribunal. No entanto, tal critério foi logo rechaçado, pois prevaleceu o entendimento de que a boa-fé poderia, no máximo, ser critério de caracterização da transação econômica, em vez de basear-se no artigo 25 da Convenção de Washington⁶¹.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 29

⁵⁹ SPA, *Salini Costruttori. Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*, v. 42, 2001

⁶⁰ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Op. cit.*, p. 32

⁶¹ *Ibid.*, p. 41

2 O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL E PRINCIPAIS MODELOS

Este capítulo centrar-se-á na posição brasileira em relação aos investimentos estrangeiros e sua recente reação impulsionada pelas mudanças ocorridas no cenário econômico internacional. Inicia-se com breve relato sobre a posição histórica brasileira, abordando as pretensões nacionais no pós-guerra e a reação norteamericana ao cenário no Brasil e na América Latina. Passará pelo alinhamento brasileiro às prescrições da CEPAL e pela estratégia de substituição de importações, que caracterizou a economia brasileira no período. Com a crise da década de 80 e as estratégias de inserção econômica da década de 90, mudanças importantes ocorreram no Brasil, o que refletiu no modo como o país passou a tratar os investimentos estrangeiros.

As profundas mudanças por que passou o mundo no fim do século XX e ao longo do século XXI permitiram que a direção dos fluxos de investimento se tornasse mais complexa. O Brasil passou, nesse contexto, a exportar capital com mais intensidade, e por isso levou seus governos a repensarem a estratégia tradicional de rejeitar o sistema de regulamentação de investimentos que havia se constituído. Para conciliar os princípios internos e a necessidade de proteção no exterior, o Brasil desenvolveu novo modelo de proteção de investimentos, o qual buscou atender às necessidades recentes e às orientações internas.

Na última parte do capítulo, objetivou-se apontar as principais diferenças entre os TBIs assinados pelo Brasil na década de 90 e os novos ACFIs desenvolvidos pelo país. Apontou-se a estrutura dos acordos e comparou-se as cláusulas presentes em ambos os modelos.

Por fim, tratou-se das inovações do modelo brasileiro, consubstanciadas nos institutos dos Pontos Focais e dos Comitês Conjuntos. Além de seus propósitos, buscou-se encontrar sua origem no modelo de atração de investimentos sul coreano.

2.1 O Brasil e a recepção de investimentos no pós guerra: um destino natural

O Brasil é um importante receptor de investimentos estrangeiros. Segundo dados divulgados pelo Ministério da Fazenda⁶², o Brasil figura entre os países que mais recebem capital estrangeiro no mundo. Apesar dos percalços pontuais, os investimentos estrangeiros diretos têm exercido influência perene na posição brasileira no pós-segunda guerra. Os avanços e os recuos existiram, mas ainda assim permitem o posicionamento do Brasil como país historicamente atrativo à recepção de capital internacional, consubstanciando-se em um dos principais argumentos brasileiros para seu afastamento do sistema internacional de investimentos que se desenvolvia na época.

O fim da segunda guerra mundial e o retorno do Brasil à democracia teve seus impactos na estratégia de inserção internacional brasileira. No que tange à recepção de investimentos, o enfoque brasileiro foi no alinhamento aos Estados Unidos e na expectativa de apoio financeiro, nos moldes do que ocorria na Europa sob o signo do Plano Marshall. Essa crença existia porque o Brasil via-se como credor dos Estados Unidos por ter apoiado os aliados durante a Segunda Guerra Mundial⁶³. No entanto, os interesses norte americanos na América Latina diferiam-se dos seus interesses na Europa. Os constantes pleitos de Dutra por financiamento foram minimizados pela potência do norte, e esta posicionou-se no sentido de estimular o Brasil a modernizar sua economia interna e tornar-se atrativo a investimentos estrangeiros. A Comissão Mista Brasil-Estados Unidos foi um dos mecanismos que visaram a tentar identificar os gargalos que dificultavam o desenvolvimento do Brasil e sugerir eventuais soluções. Foi criada ainda no final do Governo Dutra, mas iniciou seus trabalhos no governo de Getúlio Vargas⁶⁴.

⁶²COELHO, Lucina; FRIAS, Maria Cristina. **Investimento estrangeiro no Brasil chega a US\$ 75 bilhões em 2017**. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/01/1952672-investimento-estrangeiro-no-brasil-chega-a-us-75-bilhoes-em-2017.shtml>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

⁶³ABREU, Marcelo de P. et al. (Ed.). **A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana, 1889-1989**. Ed. Campus, 1989. p. 107.

⁶⁴CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. História da política exterior do Brasil. 2014. p. 299.

O projeto de Getúlio Vargas dividia-se em duas fases: a primeira consistia em estabilizar a economia interna por meio do equilíbrio das finanças públicas e da adoção de política monetária restritiva; a segunda baseava-se no enfoque aos empreendimentos e realizações. Este último objetivo dependia diretamente do afluxo de capitais estrangeiros. O apoio norte americano, portanto, foi fundamental na realização do segundo objetivo, constituindo-se em fator predominante na inserção internacional brasileira no período. A atração de investimentos diretos estrangeiros pelo Brasil estava diretamente ligada a projetos de infraestrutura básica. O governo dos EUA atuavam por meio dos financiamentos concedidos pelo Banco de Exportação e Importação (Eximbank) e pelo Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (Banco Mundial)⁶⁵.

Na década de 50, o ponto culminante das pesquisas realizadas no pós guerra foi o estabelecimento do Plano de Metas, no governo de Juscelino Kubitschek. O Plano de Metas era quinquenal, fundava-se nos diagnósticos da Comissão Mista e nas recomendações da CEPAL, em conjunto com o BNDE, que havia sido criado em 1952 como vetor de investimentos públicos. O plano concentrava-se em energia, transporte, alimentação, indústrias de base e educação. A indústria automobilística e naval foram priorizadas e receberam preferências para importação.

Destacam-se, no período, a quantidade de obras voltadas para a modernização do sistema rodoviário, deixando para trás outros modais de transporte⁶⁶. Mediante a utilização de investimento público, o governo visava a estimular a modernização infraestrutural como forma de atração de investimentos e avanço do desenvolvimento, na esteira dos ideais do desenvolvimentismo⁶⁷. Este postulava que, para evitar a introdução da ideologia comunista no país, o desenvolvimento nacional e a diminuição da pobreza seriam essenciais. O capital estrangeiro, nesse sentido, serviria como mola propulsora da ascensão econômica do Brasil.

Durante a década de 60, os acontecimentos políticos inauguram novo capítulo da história brasileira. A economia, no mesmo sentido, entrava em recessão,

⁶⁵ABREU, Marcelo de P. et al. (Ed.). **A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana, 1889-1989**. Ed. Campus, 1989. p. 122.

⁶⁶ABREU, Marcelo de P. et al. (Ed.). **A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana, 1889-1989**. Ed. Campus, 1989. p. 162.

⁶⁷ABREU, Alzira Alves de. **DESENVOLVIMENTISMO**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/desenvolvimentismo>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

especialmente o setor industrial, em virtude do desequilíbrio externo da economia brasileira, que limitava a utilização de poupança importada. O contencioso externo e a guinada do posicionamento brasileiro limitaram o investimento estrangeiro, desse modo, agravando a confiança local⁶⁸.

O início do regime militar caracterizou-se pela tentativa de superar os desequilíbrios internos da economia. O Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG), visava a estabilizar a economia brasileira por meio de uma série de medidas. No âmbito dos investimentos internacionais, previa uma política de estímulos ao ingresso de capitais estrangeiros e de ativa cooperação técnica e financeira com agências internacionais, com outros governos e, em particular, com o sistema multilateral da Aliança para o Progresso, de modo que acelerasse a taxa de desenvolvimento econômico. O PAEG foi, inicialmente, bem sucedido, e foi seguido pelo chamado "Milagre Econômico", período em que o Brasil experimentou elevados níveis de crescimento, mantendo posição de destaque no sistema internacional.⁶⁹

Durante o período do milagre econômico, ocorreu uma retomada da entrada de investimentos estrangeiros diretos⁷⁰, sendo que 77% desses investimentos estavam direcionados para a indústria de transformação, o que demonstra seu papel essencial no desenvolvimento da área de produção de bens de capital. Por esse motivo, a entrada de inovações tecnológicas no país fortaleceu-se. O governo militar do período foi favorável à entrada de investimentos. A política de remessa de lucros e dividendos facilitava o retorno financeiro, além da política de exportação brasileira e do retorno do crescimento. Destaca-se, também, a maior estabilidade política do país, que ocorreu sob o signo do aumento da repressão pelo governo Médici⁷¹.

As décadas de 70 e 80 viram um declínio do potencial econômico brasileiro, o que influenciou significativamente seu fluxo de investimentos estrangeiros diretos. Em 73 e 79, as crises do petróleo prejudicaram a economia dos países emergentes; os ajustes econômicos efetuados pelos Estados Unidos no fim da década de 70 também contribuíram para enfraquecer ainda mais as economias em desenvolvimento. O fim do dólar-ouro, no início da década, serve como catalisador

⁶⁸ABREU, Marcelo de P. et al. (Ed.). *Op. cit.*, p. 195.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 195

⁷⁰ *Ibid.*, p. 195

⁷¹ *Ibid.*, p. 239

dos desajustes da economia internacional⁷². A perda de confiança gerada por esses acontecimentos reduziu o fluxo de capital estrangeiro em direção ao Brasil.

A despeito da tradicional atratividade brasileira para a recepção de investimentos, a década de 80, também chamada de "década perdida", expôs diversos problemas da economia interna brasileira e reduziu sua atratividade a investimentos estrangeiros. A crise da dívida interna minou a capacidade do país sul americano de receber capital estrangeiro, de modo a impulsionar o avanço de novas ideias que pudessem responder à crise. A influência das ideias que fervilhavam no sistema internacional na época foram fundamentais para definir a nova estratégia que seria seguida pelo Brasil. O país via-se na necessidade, então, de reforçar a atratividade interna à captação de capital estrangeiro.

2.2 Da década de noventa até o presente: de receptor a investidor

O fluxo de investimentos internacionais para o Brasil sofreu uma grande queda na década de 80, vindo a recuperar-se somente da década de 90 em diante, experimentando retrações conjunturais de tempos em tempos. O que se verifica, durante o período tratado, é a consolidação da posição brasileira como polo de atração de capital internacional. As crises sucessivas da década de 80, em contraste com o cenário internacional, a recuperação na década de 90, na esteira das reformas econômicas empreendidas pelo governo Fernando Henrique Cardoso, os percalços relacionados ao terrorismo no início do século XXI e as crises econômicas de 2008 e 2011 caracterizam esse cenário de idas e vindas em que o Brasil consolidou-se como receptor de investimentos, à margem do sistema internacional de regulação dos investimentos que era gestado por meio de acordos bilaterais e regionais. Será somente na segunda década do século XXI que o Brasil perceberá, por força da inversão do fluxo de investimentos, a importância dos marcos institucionais de proteção de investimentos⁷³.

⁷² DE OLIVEIRA, Giuliano Contento; MAIA, Geraldo; MARIANO, Jefferson. O sistema de Bretton Woods e a dinâmica do sistema monetário internacional contemporâneo. **Pesquisa & Debate. Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política**. ISSN 1806-9029, v. 19, n. 2 (34), 2008. p. 196.

⁷³ MOROSINI, Fabio Costa; JUNIOR, Ely Caetano Xavier. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, 2015. p. 422

A década de 80 viu uma reestruturação econômica no nível global. O aprofundamento das relações comerciais, o aumento do fluxo de capitais especulativos e o crescimento da competitividade entre empresas multinacionais caracterizam o processo denominado globalização⁷⁴. No Brasil, nesse período, vivia-se o que ficou conhecido posteriormente como a "década perdida". O crescimento econômico reduziu-se, especialmente no setor industrial, e o processo inflacionário atingiu níveis aterradores, com autores falando, inclusive, em hiperinflação⁷⁵. Não obstante, os capitais financeiros mantiveram-se relevantes no Brasil, a despeito da perda de confiança na estrutura econômica brasileira⁷⁶. Segundo Bielschowsky, isso se deveu aos elevados custos que as empresas incorreriam por força dos pesados investimentos feitos nas décadas anteriores e o potencial de crescimento futuro do Brasil.

No âmbito interno, as empresas multinacionais optaram por reestruturar suas estratégias de inserção no mercado interno⁷⁷. Buscava-se a redução de custos por meio do corte de pessoal e a ampliação das exportações, de modo a refugiar-se no mercado externo. A redução dos investimentos líquidos concorreu para o aprofundamento do atraso tecnológico das subsidiárias de empresas multinacionais no Brasil⁷⁸. Esse fenômeno ocorria como mecanismo de defesa dessas empresas, que, ainda interessadas em manter sua atividade no Brasil, criavam formas de reduzir ao mínimo possível os custos envolvidos na manutenção das plantas industriais. As elevadas taxas de juros permitiam a "financeirização" da economia brasileira, compensando-se, assim, as perdas decorrentes do encolhimento do mercado em recessão.

A despeito do cenário apresentado, a discrepância entre o fluxo de capital no âmbito internacional e sua parca recepção no Brasil indica a amplitude do apuro econômico no qual o Brasil encontrava-se⁷⁹. Isto é, aprofundavam-se os fluxos de investimento ao redor do mundo, enquanto, na contramão, o Brasil retraía-se. Estes

⁷⁴ CURADO, Marcelo C.; CRUZ, Márcio. Investimento Direto Externo no Brasil: uma análise para o período de alta inflação. **Economia e Sociedade**, v. 21, n. 2, p. 275-300, 2012. p. 275.

⁷⁵ ABREU, Marcelo de P. et al. (Ed.). *Op. cit.*, p. 289.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 278

⁷⁷ CURADO, Marcelo C.; CRUZ, Márcio. *Op. cit.*, p. 278.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 279.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 287.

concentravam-se nos países de alta renda, com predominância do acirramento da competição entre as empresas multinacionais no plano internacional. O fluxo de capital aumenta principalmente entre os países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, deixando o Brasil à sua margem⁸⁰. A queda do volume de investimentos foi mais forte a partir de 1982, com recuperação em 1987, seguindo o sentido da retração e da expansão da economia interna brasileira⁸¹.

A estagnação ocorrida no Brasil desmontou a divisão clara entre o capital privado nacional, o capital privado internacional e o Estado, que segundo Curado e Cruz dividiam-se da seguinte forma:

Ao último, cabiam os investimentos nos setores de infraestrutura econômica, com maiores volumes de inversão e elevados prazos de maturação. Ao segundo, cabia a instalação dos setores industriais dinâmicos do paradigma tecnológico metalmeccânico-químico. Ao primeiro, as atividades ligadas à indústria de bens salário, de menor conteúdo tecnológico e volumes igualmente reduzidos de inversão⁸²

Na década de 90, um conjunto de medidas liberalizantes e a reordenação da economia internacional fizeram aprofundar, novamente, o fluxo de investimentos diretos estrangeiros para o Brasil⁸³. O processo que levou ao Plano Real foi um dos acontecimentos mais importantes que ocorreram no período. Abreu aponta para três momentos que caracterizam o processo de liberalização no Brasil: 1) a eliminação de redundâncias, por meio da redução da tarifa média nominal; 2) a redução das barreiras não tarifárias, que consistiu na eliminação de proibições de importação, das licenças de importação, além dos regimes especiais de importação; 3) por fim, previram-se ajustes tarifários como forma de impor rígida disciplina aos preços internos⁸⁴.

Destacam-se, ainda, as privatizações ocorridas durante a década de 90 que se iniciaram sob o governo Collor, controladas pelo BNDES, de maneira gradual e controlada. Até 1989, as privatizações centraram-se em empresas em processo

⁸⁰ *Ibid.*, p. 285.

⁸¹ *Ibid.*, p. 288.

⁸² *Ibid.*, p. 282.

⁸³ GREGORY, Denise; OLIVEIRA, M. F. B. A. O desenvolvimento de ambiente favorável no Brasil para a atração de investimento estrangeiro direto. **Brasília: INVESTE BRASIL**, 2005. p. 10.

⁸⁴ ABREU, Marcelo de P. et al. (Ed.). Op. cit., p. 325.

falimentar, que haviam se tornado públicas como forma de resgate. Mais complexas, no entanto, foram as privatizações de empresas que exploravam monopólios estatais. Por razões políticas, tanto Banco do Brasil quanto Petrobras mantiveram-se públicos. A dívida externa, cuja moratória havia sido declarada por Sarney em 1987, passou por processo de renegociação na década de 90. Concluída em 1993, as negociações com os credores conduziram ao encerramento do ciclo de endividamento iniciado na década de 80⁸⁵.

Em 2000, o ingresso de capital internacional atingiu seu auge no Brasil⁸⁶. Esse fato provavelmente se deveu à flexibilização do câmbio empreendida no contexto das crises russa e asiática. Agora flutuante, o novo modelo de câmbio trouxe competitividade à economia brasileira, impactando sensivelmente na atratividade desse país ao capital estrangeiro. Além disso, o controle da inflação, cujo espectro proveniente das décadas anteriores ainda assustava investidores, mostrou-se cada vez mais estável. Ademais, nesse mesmo período, surge o MERCOSUL.

A integração regional consubstanciada institucionalmente alargou o mercado brasileiro. Contrastava-se, por outro lado, com a excessiva dependência brasileira ao ingresso de capital estrangeiro que subsistiu até 1999. Isso ocorreu porque as elevadas taxas de juros fizeram despencar a taxa de crescimento da economia brasileira⁸⁷. É nesse contexto que o Brasil chega ao fim do século vinte com um cenário positivo no âmbito dos investimentos estrangeiros diretos, a despeito dos profundos impactos causados pelo processo de estabilização econômica.

Ao longo do século XXI, a percepção dos investidores sobre a solidez da economia brasileira elevaram os níveis de ingresso de capital estrangeiro. O aumento não veio sem tropeços: os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, as incertezas em relação à sucessão presidencial no Brasil entre 2002 e 2003, a crise de 2008, entre outros fatores, fizeram oscilar o fluxo de capital para o Brasil⁸⁸. Em 2011, o país atingiu valores recorde de ingresso de capital, chegando a 66.660,14 milhões de dólares. A crise na Europa na segunda década do século XXI

⁸⁵ Ibid., p. 325

⁸⁶ GREGORY, Denise; OLIVEIRA, M. F. B. A. Op. cit., p. 11

⁸⁷ Ibid., p. 11

⁸⁸ Ibid., p. 12

e a instabilidade nos países produtores de petróleo levaram a leve queda no ingresso de capital, que chegou a 62.494,76 milhões de dólares em 2014. Ainda assim, o volume de investimentos continua relevante, o que indica o impacto pouco expressivo desses fatores sobre os interesses pelo Brasil⁸⁹. Somente em 2017, os investimentos diretos estrangeiros chegaram a 75 bilhões de dólares, com projeção de 80 bilhões em 2018⁹⁰.

O que se verifica, portanto, é a transição de uma economia que contentava-se em sustentar as inversões de capital estrangeiro com base na atratividade interna para uma economia investidora, que sente a necessidade de proteger seus investidores no exterior. De uma posição de ferrenha rejeição dos TBIs, passou à encruzilhada de ter de defender seus interesses sem submeter-se a um modelo de proteção ao qual se opunha historicamente. Nesse contexto, o Brasil desenvolverá seu próprio modelo de cooperação e facilitação de investimentos. Sua denominação já indica o diferente enfoque dado pelo modelo brasileiro: da proteção do investidor, passa ao estímulo de investimentos e prevenção de conflitos (em oposição ao modelo de solução posterior de conflitos). Entretanto, mantendo a histórica rejeição do sistema bilateral dos TBIs, não prevê o modelo misto de resolução de controvérsias, que permite que o investidor privado insurja-se contra o Estado hospedeiro sem depender de proteção diplomática e sem depender do apoio de seu Estado de origem. O Brasil, portanto, a despeito de ter se submetido a um modelo de investimentos internacionais, mantém sua postura de "rebeldia" ao afastar institutos fundamentais que caracterizavam os TBIs.

⁸⁹SCHNEIDER, Marília Luísa. O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL PÓS PLANO REAL. p. 37

⁹⁰ COELHO, Lucina; FRIAS, Maria Cristina. **Investimento estrangeiro no Brasil chega a US\$ 75 bilhões em 2017**. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/01/1952672-investimento-estrangeiro-no-brasil-chega-a-us-75-bilhoes-em-2017.shtml>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

2.3 Os TBIs e os ACFIs: análise comparada dos dois modelos e inovações do modelo brasileiro

Na esteira das políticas de liberalização já mencionadas, o Brasil assinou catorze TBIs entre 1994 e 1999, os quais envolveram os seguintes países: Bélgica (1999), Luxemburgo (1999), Chile (1994), Cuba (1997), Dinamarca (1995), Finlândia (1995), França, Alemanha (1995), Itália (1995), Coreia do Sul (1995), Holanda (1998), Portugal (1994), Suíça (1994), Reino Unido (1994) e Venezuela (1995). Desses acordos, somente seis foram remetidos ao Congresso Nacional: os assinados com a França, Alemanha, Suíça, Portugal, Chile e Grã-Bretanha; porém, nenhum deles, até a presente data, foi aprovado⁹¹.

2.3.1 Preâmbulos

Da leitura do preâmbulo dos TBIs, depreende-se que objetivavam a promoção e a proteção dos investimentos estrangeiros. Visava a criar, no país hospedeiro, *“condições favoráveis à realização dos investimentos estrangeiros, evidenciando a necessidade de promoção e proteção dos investimentos contra riscos não comerciais”*⁹². Mediante o favorecimento das condições dos agentes de desenvolvimento econômico, os tratados, de acordo com suas proposições, buscavam beneficiar a economia de ambas as partes do acordo.

Os ACFI, diferentemente dos TBIs, têm preâmbulos mais extensos, preveem, por exemplo:

[...] o aprofundamento dos laços de amizade e cooperação entre as partes, o estímulo e apoio aos investimentos bilaterais, o reconhecimento do papel fundamental dos investimentos para crescimento e desenvolvimento econômico dos Estados, a compreensão dos benefícios resultantes da parceria entre os Estados em matéria de investimentos, o realce na importância de um ambiente transparente, ágil e amigável para investimentos, a reafirmação da autonomia legislativa dos Estados e do espaço para desenvolverem políticas públicas, o estreitamento de vínculo

⁹¹ WEI, Dan. Acordos bilaterais de promoção e protecção de investimentos: práticas do Brasil e da China. **Nação e Defesa**, 2010, p. 166.

⁹² FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: Uma análise comparada. **Ril Brasília**, Brasília, v. 208, n. 58, p.247-276, out. 2015, p. 250

entre setor privado e governo, a busca por diálogo e iniciativas governamentais que contribuam para o aumento dos investimentos⁹³.

Os ACFIs diferenciam-se dos TBIs na medida em que admitem não só a proteção dos investidores, mas também a autonomia do Estado na promoção do desenvolvimento por meio da manutenção de sua capacidade de promover políticas públicas. Como são provisões encontradas no preâmbulo, não criam direitos para as partes, no entanto, podem servir como método interpretativo disponível aos árbitros⁹⁴.

2.3.2 Estrutura dos tratados

Após o preâmbulo, os TBIs assinados pelo Brasil organizam-se da seguinte forma: 1) definições de investidor e investimento; 2) regras sobre promoção e admissão do investimento; 3) standards de proteção do investimento; 4) regras sobre expropriação e indenização devida; 5) livre transferência de investimentos e rendas; 6) subrogação no caso de seguradoras de investimento; 7) mecanismos de solução de controvérsias; 8) disposições finais sobre entrada em vigor, prorrogação e denúncia do tratado.⁹⁵

Os ACFIs, por sua vez, estruturam-se como segue: 1) objeto do acordo; 2) mecanismos de execução; 3) definições; 4) comitê conjunto; 5) pontos focais (Ombudsmen); 6) troca de informações entre as partes; 7) relação com o setor privado; 8) agendas temáticas; 9) regras sobre expropriação, nacionalização e indenização; 10) responsabilidade social corporativa; 11) standards de proteção do investimento; 12) regras sobre transparência; 13) transferências; 14) mecanismos de prevenção e resolução de disputas; 15) aplicação do acordo; 16) disposições finais e transitórias e anexos.⁹⁶

⁹³ Ibid., p. 251.

⁹⁴ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 122.

⁹⁵ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Op. cit., p. 252.

⁹⁶ Ibid., p. 253.

2.3.3 Definições

As definições de investidor e investimento são fundamentais nos tratados de investimento, pois delimitam o âmbito de criação de direitos dos textos. Não é à toa que ainda geram muitas discussões no Direito Internacional dos Investimentos: a depender do tipo de definição, muda-se a amplitude da incidência do tratado bilateral assinado pelas partes. Definições mais amplas limitam a ação do Estado, pois permitem que maior número de demandas sejam levadas à arbitragem internacional; definições mais restritas, por outro lado, mantêm seu poder de ação, pois se especifica mais o tipo de capital que será incluído no tratado.

Nota-se, nos TBIs, que a amplitude das definições segue a linha dos tratados assinados com Grã-Bretanha e Suíça, que preveem a proteção de “todos os tipos de haveres”⁹⁷. Nos ACFIs, por outro lado, busca-se limitar mais precisamente e mais estreitamente o conceito: o ACFI assinado com Moçambique afirma que os investimentos restringem-se a

[...] bens ou direitos destinados à produção de bens e serviços, tais como: sociedade, empresa, participação societária, propriedade ou direitos de propriedade, valor investido sob os direitos de concessões de negócios conferidas por lei, decisão administrativa ou contrato⁹⁸.

Há vantagens e desvantagens em limitar a definição de investimento: por um lado, permite maior liberdade ao Estado em regular as atividades dos investidores, com menor restrições às capacidades de realização de políticas públicas; por outro lado, exclui do âmbito da proteção diversos tipos de atividades, o que, para investidores, pode significar a ineficácia dos acordos.

Para garantir a proteção dos investimentos, é importante que o tratado assinado entre os países defina precisamente quem é o investidor. Este precisa ser nacional de um dos países parte do tratado e estar investindo em outra das partes. Não precisa, necessariamente, ter residência no país de origem: pode, portanto, ser considerado investidor mesmo se viver no país hospedeiro do investimento.⁹⁹

⁹⁷ *Ibid.*, p. 253.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 253.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 254.

Embora seja relativamente fácil definir a nacionalidade de investidor pessoa física, quando se trata de pessoa jurídica, surgem algumas complicações. Em geral, considera-se que as empresas têm a nacionalidade do local em que foram constituída; entretanto, há quem defenda que, na realidade, a empresa tem a nacionalidade do país do qual provêm a maior parte de seu capital.¹⁰⁰

Segundo apontam Fernandes e Fiorati (2015):

Os seis BITs analisados definem investidor como a pessoa natural nacional de uma das Partes (ou seja, do Estado de origem do investimento) ou a pessoa jurídica cuja nacionalidade é definida com base em seu lugar de constituição e sede. Apenas os BITs da Suíça e França referem-se ao critério do controle.¹⁰¹

Tanto o ACFI assinado com Moçambique quanto o ACFI assinado com Angola preveem “cláusula de denegação de benefícios”, que aponta três situações em que o Estado pode denegar a concessão dos benefícios previstos no acordo: 1) Se a pessoa jurídica não for constituída conforme as normas do país de uma parte; 2) não tiver sede em território de uma parte; 3) não realizar, no país hospedeiro, negócios substanciais.¹⁰²

Nota-se que os ACFIs assinados pelo Brasil têm definição mais restrita de investimentos, o que é consistente com a posição histórica brasileira de preservar o espaço de atuação política do Estado receptor de investimentos.

2.3.4 Cláusulas de proteção do investimento

Embora vago e impreciso, o tratamento justo e equitativo está presente na maioria dos tratados de investimento. Já era previsto na Carta de Havana, de 1948. O fato de esta não ter entrado em vigor não impediu que esse tipo de proteção se popularizasse.¹⁰³

Esse princípio pode ser abordado sob duas perspectivas: como padrão mínimo internacional; e como uma garantia autônoma, diferente do padrão mínimo

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 255.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 255.

¹⁰² *Ibid.*, p. 255.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 256.

internacional. A segunda corrente é mais utilizada em decisões arbitrais. Ao longo do tempo, estabeleceram-se medidas que tentam delimitar o conceito de tratamento justo e equitativo, por meio da instrumentalização de conceitos como justiça, equidade e boa-fé.¹⁰⁴

Há duas dimensões que definem o tratamento justo e equitativo: a procedimental e a substantiva. Pode-se afirmar que o tratamento justo e equitativo não se entende somente como uma obrigação do Estado receptor, mas também como um direito, afinal, a ideia de justa expectativa, contida no conceito de tratamento justo e equitativo, pode ser aplicada no caso em que já é sabido, previamente, que o Estado regula de determinada forma os investimentos em certa região. Ao aceitar investir nessa região, o investidor aceita os termos e as condições que pôde prever.¹⁰⁵

O BIT assinado entre Brasil e França tem cláusula que especifica os casos em que o princípio do tratamento justo e equitativo não foi seguido:

Quaisquer restrições à compra e ao transporte de matérias primas e matérias auxiliares, energia e combustíveis, bem como de meios de produção e de exploração de qualquer espécie, qualquer obstáculo à venda e ao transporte dos produtos no interior do país e para o exterior, assim como quaisquer outras medidas de efeito análogo.¹⁰⁶

Os ACFIs, no entanto, são omissos em relação a esse princípio. Discute-se, ainda assim, se o tratamento justo e equitativo pode ser considerado norma de direito costumeiro; há controvérsias sobre isso. Alguns países, para afastar dúvidas, têm incluído em seus TBIs cláusulas cujo intuito é esclarecer a natureza desse tipo de norma, como fez os EUA em seu modelo de 2012¹⁰⁷.

Os tratados de proteção de investimentos são constituídos por dois tipos de normas: normas de natureza substancial e normas de natureza procedimental. As normas substanciais são os chamados “standards de proteção”, dentre os quais destacam-se: o tratamento justo e equitativo; direito de receber tratamento não discriminatório; plena proteção e segurança; e, direito de indenização em caso de

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 257.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 257.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 258.

¹⁰⁷ COLLINS, David. **An Introduction to International Investment Law**. Cambridge University Press, 2016, p. 134

expropriação. Os direitos procedimentais, por sua vez, consubstanciam-se na proteção do investimento por meio dos mecanismos de solução de controvérsias.¹⁰⁸

Outro princípio recorrente nos acordos que envolvem investimentos é a cláusula de nação mais favorecida. Conforme primeira parte desse trabalho, ela foi comum, inclusive, nos primeiros tratados de proteção nos séculos XVIII e XIX. Trata-se de um princípio contingencial, isto é, determina um tipo de tratamento cuja substância deve ser preenchida posteriormente, a partir de cada caso. É decorrente do princípio da não discriminação, e sua aplicação prática conduz à concessão ao investidor das vantagens oferecidas aos investidores de terceiro Estado.¹⁰⁹

No Caso Maffezzini, de 2000, ocorrido entre Argentina e Espanha¹¹⁰, esta última argumentou que, antes de pleitear o estabelecimento de painel de arbitragem, o reclamante deveria ter pleiteado perante o tribunal interno espanhol. Os árbitros, no entanto, entenderam que, nesse caso, deveria ser estendida ao investidor argentino a cláusula prevista no tratado assinado entre Chile e Espanha, que previa não ser necessário que o pleiteante fosse, primeiro, aos tribunais internos.¹¹¹

Entretanto, posteriormente o entendimento estabeleceu-se no sentido de não permitir a aplicação da cláusula da nação mais favorecida a regras procedimentais, como forma de evitar o fenômeno do *treaty shopping*, que é a escolha do tratado que mais se adequa às necessidades do interessado, embora este dele não faça parte.

¹¹²

Todos os BITs assinados pelo Brasil na década de noventa levavam as cláusulas de tratamento nacional e nação mais favorecida. Os ACFI, por outro lado, não empregam especificamente essa expressão. Os acordos assinados entre Brasil e Moçambique trazem exceções: a cláusula de nação mais favorecida não se estende a zonas de livre comércio, uniões aduaneiras ou mercados comuns e acordos para evitar dupla tributação.¹¹³

¹⁰⁸ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. *Op. cit.*, p. 256.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 259.

¹¹⁰ MAFFEZINI, Emilio Agustín. **v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7**, Decision on Jurisdiction of 25 January 2000, 5 ICSID Reports 396, 2002.

¹¹¹ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. *Op. cit.*, p. 260.

¹¹² FIETTA, Stephen. Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?. **International Arbitration Law Review**, v. 8, n. 4, p. 136, 2005. p. 137.

¹¹³ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. *Op. cit.*, p. 261.

Há, também, exceções no acordo assinado com Angola, não aplicando esse tipo de cláusula às uniões aduaneiras ou econômicas. Além disso, no acordo assinado com Angola, encontra-se a “umbrella clause”. Trata-se de cláusula que permite ao investidor considerar toda quebra contratual bilateral como uma quebra do ACFI.¹¹⁴

A cláusula de proteção e segurança, que requer que o Estado hospedeiro garanta proteção física à propriedade do investidor estrangeiro, tem dois aspectos: refere-se tanto aos bens quanto à própria pessoa do investidor. não implica, no entanto, em responsabilização absoluta, pois se trata de obrigação de conduta e não de resultado. Para verificar a responsabilidade do Estado, observa-se se este agiu com a devida diligência e empregou os meios adequados e cabíveis para evitar a ocorrência de problemas.¹¹⁵

É comum que se considere a cláusula de proteção e segurança como análoga à cláusula de tratamento justo e equitativo. Em alguns tratados bilaterais, essas provisões são tratadas conjuntamente¹¹⁶.

No TBI assinado com a França, a previsão encontra-se em cláusula autônoma. Não há previsão de plena proteção e segurança no acordo assinado com Portugal, embora seja possível argumentar-se que, nesse caso, aplicar-se-ia a cláusula de nação mais favorecida em benefício do país luso.

Nos ACFIs assinados pelo Brasil, não há previsão de plena proteção e segurança, somente compensação em caso de destruição do investimento no todo em parte, por forças e autoridades da outra parte.¹¹⁷

2.3.5 Expropriação e indenização devida

No que tange às regras sobre expropriação e indenização devida, admite-se que quatro requisitos devem ser satisfeitos para a sua consecução: 1) Deve ser motivada por razões de interesse público; 2) A medida deve ser não discriminatória;

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 262.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 262.

¹¹⁶ COLLINS, David. *Op. cit.*, p. 137

¹¹⁷ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. *Op. cit.*, p. 263.

3) Deve-se respeitar o cumprimento do devido processo legal; 4) Exige-se pagamento de indenização.¹¹⁸

A previsão de indenização devida surgiu na década de 30 do século passado, como resultado da nacionalização de companhias norte-americanas no México. Cordon Hull, o secretário de Estado norteamericano, defendeu que, segundo regras de direito internacional, expropriações resultavam na obrigação, por parte do Estado expropriador, de prover compensação pronta, adequada e efetiva aos investidores prejudicados. Os países em desenvolvimento resistiram, inicialmente, a essa ideia, mas, ao longo do tempo, passaram a aceitá-la, diante do grande volume de TBIs assinados.¹¹⁹

Embora em termos diferentes, todos os TBIs assinados pelo Brasil na década de 90 preveem essa cláusula, em contraste com os novos ACFIs. Estes, por sua vez, inovam ao dispensar a previsão de pronta indenização. Apontam somente que o Estado expropriador deve indenizar “sem demora”.¹²⁰

Atualmente, predomina a aplicação de medidas de expropriação indireta, que é caracterizada pela diminuição do valor econômico do investimento estrangeiro, em oposição à transferência de propriedade pura e simples das expropriações diretas.

A dicotomia de interesses reside no fato de que, por um lado, tem-se a necessidade de proteger os interesses do investidor no país hospedeiro; por outro lado, deve-se, ao mesmo tempo, manter a capacidade do Estado de aplicar medidas regulatórias e preservar sua soberania.

Em caso de proteção irrestrita, o Estado poderia acabar se limitando em sua capacidade de atuação por força do *chilling effect*, que é a resistência a agir por saber-se previamente que a medida seria contestada em âmbito de arbitragem. Isto é, o Estado baseia a idealização de políticas públicas às possíveis demandas que possam ser propostas pelos investidores¹²¹

As decisões arbitrais e a doutrina tem sugerido critérios para a delimitação do conceito. A primeira delas consiste em dar enfoque nos efeitos da medida. Se esta

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 263.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 264.

¹²⁰ MOROSINI, Fabio Costa; JUNIOR, Ely Caetano Xavier. *Op. cit.*, p. 440.

¹²¹ LALANI, Shaheez; LAZO, Rodrigo Polanco (Ed.). **The role of the state in investor-state arbitration**. Martinus Nijhoff Publishers, 2014. p. 179.

prejudica o investimento, considera-se, de pronto, como expropriação indireta. A segunda destaca os efeitos da medida para o investidor. Esta abordagem tem como fundamento a expectativa legítima do investidor: ele tinha razão em esperar que o Estado agisse como agiu? A terceira caracteriza-se pelo enfoque na finalidade do Estado ao adotar a medida e ao questionamento sobre sua legitimidade. Por fim, uma última hipótese seria a de que, para caracterizar expropriação, a medida do Estado deve ser proporcional, legítima e justificável.¹²²

A discussão a respeito da delimitação do conceito tem imensa aplicabilidade prática. Em relação aos investimentos internacionais, especificamente, a correta definição de expropriação indireta é fundamental, por exemplo, para o sistema de garantias de investimentos, consubstanciado na Agência Multilateral de Garantias de Investimentos, MIGA, cujo objetivo é facilitar o fluxo internacional de investimentos. Para que o objeto de sua proteção não seja vago e sua atuação seja satisfatória, é essencial que o conceito seja delimitado.¹²³

Todos os TBIs assinados pelo Brasil na década de 90 têm previsões sobre expropriação indireta, variando somente sua redação, mantendo-se, porém, o significado. Os ACFIs, por outro lado, abstiveram-se de regular essa área. Nenhum deles faz qualquer menção a expropriações indiretas, deixando espaço, portanto, para o surgimento de lacunas na proteção dos investimentos.¹²⁴

2.3.6 Resolução de controvérsias

Há dois modos de resolução de controvérsias de investimentos internacionais: 1) Proteção diplomática, que envolve ambos os Estados contratantes; 2) Arbitragem entre investidor e Estado hospedeiro.

A proteção diplomática não deve ser confundida com a proteção conferida aos agentes do serviço diplomático. Seu objeto de proteção é o particular que sofre algum tipo de arbítrio do Estado com que se relaciona. Por meio dessa ferramenta, o

¹²² FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. *Op. cit.*, p. 266.

¹²³ *Ibid.*, p. 267.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 267.

indivíduo solicita ao Estado que avoque a defesa da causa para si, transformando-a em demanda entre personalidades de direito internacional público¹²⁵.

A Corte Internacional de Justiça e a Corte Permanente de Arbitragem servem como mecanismos de resolução de conflitos entre Estados. O instituto da Proteção Diplomática pressupõe, para sua realização, o patrocínio do Estado de origem do investidor, ao arbítrio daquele. Por isso, é um método relativamente inseguro, na medida em que depende da discricionariedade do Estado em aceitar o pleito do investidor. Ademais, é possível que, ao avocar para si a obrigação de proteger seu investidor, o Estado possa acabar se indispondo com o Estado receptor, criando atritos diplomáticos entre si.¹²⁶

A Convenção de Washington, de 1965, com vistas a resolver esse problema, criou o Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID), o qual passaria a funcionar como fórum facilitador da resolução de conflitos que viessem a surgir entre investidores.¹²⁷

Todos os TBIs assinados pelo Brasil na década de 90 tinham tanto a previsão de resolução de controvérsias entre Estados quanto de resolução de controvérsias entre Estado e investidor.¹²⁸

Os tratados assinados com Portugal, Chile e França previam um período de espera de pelo menos seis meses antes de permitir o recurso à arbitragem.¹²⁹

Outros preveem que o Estado deve escolher, de maneira definitiva, entre o recurso ao poder judiciário interno e à arbitragem internacional. Essa cláusula é conhecida como "Fork in the Road", e impede que o reclamante, após buscar solução judicial nos tribunais internos ao país hospedeiro, inicie painel de arbitragem internacional sob os mesmos fundamentos utilizados no tribunal interno.¹³⁰

¹²⁵ REZEK, Francisco. *Op. cit.*, p. 322

¹²⁶ KALLÁS, Fernanda Araújo et al. DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS NA ATUALIDADE: UMA ANÁLISE DA POSIÇÃO BRASILEIRA. **E-Civitas**, v. 3, n. 2, 2010. p. 6

¹²⁷ COSTA, José Augusto Fontoura; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. de. Mecanismo complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros?. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 59-75, jul. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35183/33987>>. Acesso em: 11 Abr. 2018. p. 62

¹²⁸ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. *Op. cit.*, p. 269.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 269.

¹³⁰ DAHLBERG, Andrea. **Fork-in-the-road provisions in investment treaties**. 2009. Disponível em: <<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Fork-in-the-road-provisions-in-investment-treaties.aspx>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

Muito se criticou, em relação aos TBIs assinados pelo Brasil, a possibilidade de recurso direto à arbitragem internacional. Segundo parecer da Comissão das Relações Exteriores sobre o TBI assinado entre Brasil e Suíça, esse tipo de possibilidade colidiria com os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e do esgotamento dos recursos internos¹³¹, previstos no inciso XXXV, art. 5 da Constituição Federal. Cabe ressaltar, no entanto, que o acesso à justiça não ocorre por meios exclusivamente judiciais; foi nesse sentido a posição vencedora do STF no recurso em processo de homologação de sentença arbitral estrangeira SE 5206, que afirma que o inciso XXXV representa um direito à ação, não um dever.

Os ACFIs não preveem essa possibilidade. Tratam somente da resolução de controvérsias entre Estados. Para que haja possibilidade de recurso à arbitragem, é necessária a expressão de consentimento posteriormente à assinatura do tratado. Os ACFIs, nesse sentido, buscam criar um ambiente de prevenção de conflitos. Ou seja, recorre à capacidade dos Estados de anteciparem e criarem condições de cooperação para que eventuais conflitos sejam evitados.¹³²

2.3.7 Inovações

Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos inovaram em alguns dos seus dispositivos. Seu intuito é permitir que os ACFIs abranjam áreas de atuação até então negligenciadas pelos TBIs, e às quais o Brasil confere grande importância.

Dessas inovações, as duas que mais se destacam são os Pontos Focais, também chamados de Ombudsmen, e os Comitês Conjuntos. Os Pontos Focais tem como objetivo apoiar os investidores por meio do auxílio do Estado hospedeiro. Agem como interlocutores institucionais responsáveis por conectar investidor e Estado, com o intuito de facilitar a busca de oportunidades de investimento no país hospedeiro. Servem, ademais, como facilitador da resolução de problemas, na medida em que fornecem informações aos investidores e estão abertos às questões

¹³¹ FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Op. cit., p. 269.

¹³² *Ibid.*, p. 270.

que estes possam a ele trazer. No Brasil, foram estabelecidos no âmbito da CAMEX, a Câmara Brasileira de Comércio Exterior. Os Comitês Conjuntos, por sua vez, são compostos pelos representantes dos Estados, e visam a monitorar a implementação dos acordos, discutir a possibilidade de expansão dos investimentos entre as partes, coordenar agendas de cooperação e facilitação, acolher a participação do setor privado e da sociedade civil e buscar a resolução amigável dos conflitos¹³³.

Os *Ombudsman* foram incluídos no modelo brasileiro sob inspiração da Comissão para Cooperação Ambiental da NAFTA e do *Office of Foreign Investment Ombudman* (OFIO). Este último será analisado no terceiro capítulo deste trabalho, em que se apontarão as semelhanças e diferenças nos dois tipos de estruturas institucionais.

2.4. Breves reflexões sobre a relação brasileira com os investimentos internacionais

Por fim, este capítulo analisou a trajetória da posição brasileira sobre investimentos estrangeiros. Observa-se que, ao longo dos anos, o Brasil sentiu a necessidade de alterar sua política de promoção de investimentos. Isso se deu em virtude do processo de internacionalização pela qual passou a economia brasileira. De país majoritariamente receptor de investimentos, o país passou a ter quantidade relevante de investimentos no exterior. Em muitos casos, os investidores brasileiros recorreram até mesmo à prática do *Treaty Shopping*, utilizando-se de TBIs assinados por outros países para proteger seus interesses (como no caso da PETROBRAS, citado neste capítulo).

Em 2015, após anos de pesquisa, o Brasil desenvolveu seu modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos. Esse modelo manteve alguns princípios encontrados nos TBIs, com alterações pontuais para adequar-se a política brasileira (como a não previsão de arbitragem investidor-Estado, a mudança no texto da cláusula de expropriação, entre outros), e inovou ao inspirar-se em modelos de atração de investimentos de outros países com adaptações à realidade política brasileira.

¹³³ Ibid., p. 271.

Os ACFIs trouxeram, do modelo sul-coreano, os institutos dos Pontos Focais e dos comitês conjuntos. No entanto, verificar-se-á no próximo capítulo que há diferenças importantes no modelo brasileiro, de modo a descaracterizar os propósitos dos institutos originais e, conforme se argumentará, pôr em dúvida a capacidade dos ACFIs de fazer frente aos desafios que os investidores brasileiros eventualmente enfrentarão no futuro.

3 O OMBUDSMAN E O COMITÉ CONJUNTO E SUA RECEPÇÃO NO MODELO BRASILEIRO

O conceito de ombudsman não nasceu na área dos investimentos internacionais. Sua gênese encontra-se no crescimento da administração governamental nos últimos séculos. Seu primeiro modelo nasceu na Suécia, e tinha o objetivo inicial de servir como um meio de comunicação entre a administração pública e a população: ouvia as queixas sobre a conduta daquela e as investigava. Embora tenha surgido no início do século XIX, o sistema só se tornou popular na década de 1960¹³⁴. É, portanto, uma ferramenta diretamente vinculada ao Estado, cuja função é aprimorar a sua atenção no provimento satisfatório de suas atribuições à população.

O modelo clássico de ombudsman consistia em um órgão criado pelo braço legislativo do governo, porém independente deste. Era investido de autoridade para supervisionar a atuação do poder executivo de maneira independente, recebendo queixas da população e investigando por seus próprios meios. Seu papel era verificar se os agentes públicos agiam de maneira ilegal ou, de alguma forma, prejudicavam interesses alheios de modo indevido. Nesse modelo, os ombudsman só tinham jurisdição para atuar em casos de queixas contra autoridades estatais, sendo incompetente para tratar de casos relacionados a entes privados¹³⁵.

A jurisdição do ombudsman clássico estende-se amplamente pela administração pública. Sua autoridade, no entanto, não chegava ao âmbito legislativo. Ademais, sua autoridade também não abrangia o poder judiciário no exercício de suas atribuições. Verifica-se que os ombudsman têm forte poder de investigação, podendo emitir relatórios, ouvir testemunhas e até mesmo, em alguns casos, aplicar multas. Alguns ombudsman têm poder para recomendar mudanças em leis¹³⁶.

No âmbito dos investimentos, pode funcionar tanto de forma obrigatória quanto facultativa, oferecendo um canal institucional para solucionar problemas

¹³⁴Reif, Linda C. *The ombudsman, good governance, and the international human rights system*. Vol. 79. Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 2

¹³⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 4.

assim que eles surgirem, sem gerar mais custos para as partes envolvidas¹³⁷. A relação construída pelo ombudsman buscaria encontrar soluções para os problemas levantados e preservar os laços construídos, evitando a escalada do conflito para patamares em que a sua resolução torne-se muito mais improvável.

O ombudsman pode ser estabelecido de diversas formas dentro da estrutura institucional de um Estado: pode tanto ser vinculado somente a um dos Estados em que o investimento esteja sendo feito quanto em uma estrutura que abranja múltiplos Estados. O último caso é exemplificado pela Comissão para Cooperação Ambiental do NAFTA¹³⁸.

Conforme se verificará neste capítulo, um importante modelo de aplicação do ombudsman consubstanciou-se no adotado pela Coreia do Sul com a promulgação da sua Lei de Promoção de Investimentos Estrangeiros. Antes, no entanto, mostrar-se-ão as condições nas quais a legislação coreana foi aprovada, de modo a esclarecer as relações entre o modelo utilizado por eles e o modelo desenvolvido pelo Brasil.

3.1 A crise asiática

Na década de noventa, a Ásia foi assolada por crise financeira de grande proporção. Iniciada na Tailândia, em pouco tempo os seus efeitos se dispersaram para parte significativa do leste da Ásia, levando até mesmo à intervenção do Fundo Monetário Internacional para resgate das economias em dificuldade.

Uma bolha vinha se desenvolvendo na Tailândia ao longo da década de noventa, em razão do influxo de capital especulativo em sua economia e os problemas relacionados com a manutenção do câmbio fixo. Uma série acontecimentos desencadeou a crise: a desvalorização da moeda chinesa e da moeda japonesa, que foram seguidas pelo aumento das taxas de juros nos Estados Unidos, resultou na fuga dos capitais especulativos da região. Os Estados Unidos passaram a ser mais atrativos para os investidores internacionais, em razão da

¹³⁷GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior**. 2015. 270 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 184

¹³⁸ *Ibid.*, p. 185

estabilidade de sua moeda.¹³⁹ Em julho de 1997, cresciam os temores de que a crise não se limitaria somente ao continente asiático: seus efeitos já haviam se expandido, e o mundo preocupava-se. Esse fenômeno é conhecido como "flight to quality", pois os investidores vendem investimentos percebidos como de alto risco e migram para investimentos mais seguros.

A economia sul-coreana já se tornara problemática desde o início da década de noventa. Para sustentar os recorrentes déficits em sua balança de pagamentos, o governo passou a encorajar o influxo de capitais. Contudo, os efeitos desse tipo de política nas exportações sul-coreanas preocupavam, em virtude da apreciação do *won*¹⁴⁰. O governo sul-coreano optou pela liberalização de capitais de curto prazo, por força da opção pela desregulação do setor financeiro sobre o gerenciamento de riscos (liability management) e manutenção de ativos. Esse processo de desregulamentação de capitais continuou ocorrendo com as reformas empreendidas com o intuito de ingressar na OCDE, em 1996.¹⁴¹

A opção feita pelo governo sul-coreano levou as empresas a optarem por sustentar seu financiamento de longo prazo por meio de capitais de curto prazo. Em 1996, verificava-se que 61% do total de débitos externos eram representados por débitos de curto prazo¹⁴². Até o fim de 1997, 80% dos débitos externos de curto prazo da Coreia do Sul estavam investidos em 70% dos ativos de longo prazo. Os débitos internacionais de curto prazo da Coreia, no período, giravam em torno de \$63,8 bilhões, enquanto suas reservas não passavam de \$9,1 bilhões¹⁴³

A solução da crise só veio após a intervenção do Fundo Monetário Internacional, que, em fins de 1997, comprometeu-se a injetar mais de \$110 bilhões de dólares em empréstimos de curto prazo à Tailândia, Indonésia e Coreia do Sul com o intuito de estabilizar suas economias. Os empréstimos do FMI tinham como contrapartida a realização de reformas. Dentre elas, destacam-se a elevação de

¹³⁹INVESTOPEDIA. **Asian Financial Crisis**. Disponível em:

<<https://www.investopedia.com/terms/a/asian-financial-crisis.asp>>. Acesso em: 23 set. 2018.

¹⁴⁰KIHWAN, Kim. **The 1997-98 Korean Financial Crisis: Causes, Policy Response, and Lessons**. 2006. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2006/cpem/pdf/kihwan.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018. Pg 3.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 4

¹⁴² *Ibid.*, p. 5

¹⁴³ *Ibid.*, p. 5

impostos, a redução dos gastos públicos, a privatização de empresas estatais e a elevação das taxas de juros da economia¹⁴⁴.

3.2 A resposta sul-coreana

Em razão desses movimentos econômicos, a Coreia do Sul buscou reformular a abordagem que aplicara até então em relação ao capital estrangeiro. Se antes esse país preferia receber capital estrangeiro em forma de empréstimos, a partir de agora haveria mais estímulos ao investimento estrangeiro direto. A tradicional desconfiança que existia a respeito de eventual aumento de participação estrangeira na economia estrangeira ocorria em virtude do desejo de controlar a alocação interna de recursos financeiros. Essa atitude só mudou depois da crise de 1997, que forçou o Estado sul-coreano a empreender reformas em sua política de atração de investimentos¹⁴⁵.

Houve um intenso processo de liberalização dos investimentos estrangeiros. O país transitou de um estado de liberalização passiva para um estado de promoção ativa. A enfraquecida estrutura financeira das principais empresas sul-coreanas gerou vulnerabilidades nas instituições de financiamento domésticas. O impulso dado aos IED teria o potencial de reduzir os níveis de riscos envolvidos nas operações, por meio da transmissão de encargos para multinacionais estrangeiras¹⁴⁶.

Diversas mudanças foram feitas com o intuito de atrair investimentos. A promulgação da Lei de Promoção de Investimentos Estrangeiros, em 1998, trouxe novos recursos para aprimorar o ambiente de investimentos. Os objetivos eram promover serviços de apoio a investidores, a remoção de barreiras ao controle de empresas e propriedades por estrangeiros, a aceleração da liberalização setorial, incentivos fiscais, entre outros. Nessa época, foi estabelecido o Korea Investment

¹⁴⁴KUEPPER, Justin. **The Asian Financial Crisis**: Asian Financial Crisis Causes, Resolution, and Lessons. 2018. Disponível em: <<https://www.thebalance.com/what-was-the-asian-financial-crisis-1978997>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹⁴⁵CHERRY, Judith. Killing five birds with one stone: Inward foreign direct investment in post-crisis Korea. **Pacific Affairs**, v. 79, n. 1, p. 9-27, 2006. Pg. 9

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 16

Service Centre (vinculada ao KOTRA), que seria um órgão estatal dedicado a consultas e assistência a investidores, criou-se o *Office of Investment Ombudsman*, aprofundou a proteção à propriedade intelectual, e buscou incorporar padrões de governança corporativa¹⁴⁷.

3.3 Funcionamento do Ombudsman sul-coreano

O Ombudsman tem como propósito resolver as queixas de investidores estrangeiros, aprimorar o ambiente de investimentos e atrair investimentos. O sistema foi estabelecido em outubro de 1999, sob os auspícios da Korea Trade-Investment Promotion Agency (KOTRA).¹⁴⁸

Ele foi criado com a promulgação do Ato de Promoção de Investimento Estrangeiro, por meio de seu artigo 15-2. Tem como órgãos o Ombudsman para Investimentos Estrangeiros, os Consultores Executivos - especialistas em áreas como finanças, tributação, contabilidade, direito, tecnologia da informação, propriedade intelectual, trabalho etc. - e, finalmente, os empregados da KOTRA.¹⁴⁹

O órgão presta serviços em diversas áreas, tais como sistema de investimentos, incentivos a investimentos, tributação, finanças, câmbio, tarifas, aduana, construção civil, meio ambiente, direito, imigração, entre outros. São apontadas como exceções os conflitos privados entre companhias, negócios de empresas individuais, requerimentos que vão de encontro a padrões globais e temas que influenciam outras empresas e indústrias¹⁵⁰.

Os Ombudsman são escolhidos entre pessoas de amplo conhecimento na área em que atuam e com experiência em investimentos internacionais. As responsabilidades do Ombudsman são atribuir consultores executivos para empresas com investimentos estrangeiros e para regiões, receber e resolver queixas, requisitar a cooperação dos governos e das organizações relevantes e

¹⁴⁷ CHERRY, Judith. *Op. cit.* Pg. 17

¹⁴⁸ FOREIGN INVESTMENT OMBUDSMAN/KOTRA (Coreia do Sul). **Foreign Investment Ombudsman Annual Report 2014**. 2015. Disponível em:

<http://125.131.31.47/Solars7DMME/004/15Foreign_Investment_Ombudsman_Annual_Report2014.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018. pg 6

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 6

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 7

recomendar melhorias no sistema, desenvolver medidas para aprimorar o sistema de investimentos estrangeiros por meio de atividades externas, tais como participar do Comitê de Investimento Estrangeiro, prevenir-se contra queixas e conduzir projetos que fortaleçam o ambiente de investimentos e ajudar a atrair reinvestimentos de empresas com investimento estrangeiro¹⁵¹. Cabe destacar, ainda, que os serviços prestados por esse órgão são gratuitos.

A implementação desse sistema contribuiu com a realização de um feito impressionante: na Coreia do Sul, nenhum caso de conflito entre Estado e investidor foi levado a termo. Isso demonstra que, além de realizar seu trabalho no âmbito da resolução das queixas apresentadas por investidores, o sistema sul-coreano também trabalha no sentido de prevenir futuras queixas. O contato direto entre os investidores e os consultores especialistas faz desse sistema um verdadeiro *one-stop shop*, no qual a efetividade e a garantia de confidencialidade garantem o relacionamento entre as partes¹⁵².

3.4 Órgão de solução de reclamações

O órgão de solução de reclamações foi estabelecido em outubro de 1999, por meio do Ato de Promoção de Investimento Estrangeiro, com o objetivo de melhorar o ambiente de investimentos na Coreia do Sul, eliminando barreiras para as operações das empresas estrangeiras e resolvendo suas queixas¹⁵³.

É por intermédio desse órgão que, recebida a queixa, o Ombudsman de Investimento Estrangeiro atribui um consultor especialista para resolver o problema levantado. Superada essa etapa, os especialistas podem, além das consultorias envolvendo questões gerenciais, trabalhar para tratar de temas de ordem legal e administrativa, efetuando visitas *in loco*, entrando em contato por *e-mail*, além de outros meios de comunicação¹⁵⁴.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 7

¹⁵² KOREAN LII. **Foreign Investment Ombudsman**. Disponível em: <http://koreanlii.or.kr/w/index.php/Foreign_Investment_Ombudsman?ckattempt=1>. Acesso em: 23 set. 2018.

¹⁵³ *Idem*

¹⁵⁴ *Idem*

O trabalho do Ombudsman não se limita às consultorias. Tem como função organizar eventos e encontros com investidores estrangeiros para promover e esclarecer dúvidas a respeito do sistema coreano. Após ser depositada, a queixa é analisada por um consultor especialista antes que o problema ascenda até o Ombudsman propriamente dito. A partir de então, o especialista entra em contato com as agências que possam ser relevantes para a resolução do caso, levantando eventuais intervenções que necessitem ser feitas para resolvê-lo. Depois dessa etapa, o Ombudsman revisa a solução prestada para a questão e as recomendações são encaminhadas aos órgãos competentes¹⁵⁵.

3.5 Funcionamento do ombudsman nos ACFI

O modelo brasileiro de cooperação e facilitação de investimentos baseou-se, como já mencionado, em aspectos do modelo sul-coreano. No entanto, a implementação passou por reformulações que buscaram adaptar o instituto à posição histórica brasileira. No modelo brasileiro, as partes designam um ombudsman, que será oficial e obrigatório, que agirá como canal de comunicação entre as partes do ACFI¹⁵⁶.

As obrigações dos ombudsman são preestabelecidas, e conformam o seu campo de ação. Dentro dos limites definidos, o órgão definido para atuar como ombudsman, que no caso brasileiro será estabelecido no âmbito da CAMEX, poderá lançar mão das ferramentas disponíveis e ações específicas para buscar o aperfeiçoamento da governança em investimentos¹⁵⁷.

As funções do ombudsman brasileiro são:

- (i) atender às diretrizes do Comitê Conjunto e interagir com o Ponto Focal ou *ombudsman* da outra Parte, em consonância com os termos do acordo; (ii) administrar as consultas e reclamações da outra Parte ou dos investidores da outra Parte do acordo com as autoridades governamentais competentes e fazer, quando adequado, sugestões

¹⁵⁵ Idem

¹⁵⁶ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *Op. cit.*, p. 196.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 196.

de modo a empreender soluções para os problemas levantados, informando posteriormente aos interessados sobre os resultados de suas sugestões; (iii) prevenir ou mitigar disputas e facilitar sua resolução, em coordenação com as autoridades governamentais e em colaboração com entidades privadas pertinentes; (iv) prestar informações tempestivas e úteis às Partes sobre questões normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos e (v) relatar ao Comitê Conjunto suas atividades e ações, quando apropriado¹⁵⁸.

O regulamento interno de cada parte disporá sobre questões de prazo para execução de suas funções. Ademais, as partes colocarão à disposição das partes os meios de acesso aos órgãos que permitam que o ombudsman desempenhe suas atribuições¹⁵⁹.

A despeito da inspiração que o instituto teve do modelo sul-coreano, os ACFIs não mantiveram a acessibilidade ao órgão tal como previsto no modelo do país asiático. De acordo com os instrumentos desenvolvidos pelo Brasil, somente as partes vinculadas pelo acordo têm acesso aos benefícios, em contraste com a ampla previsão de legitimados no modelo original. Parte do sucesso do modelo sul coreano em prevenir o surgimento de controvérsias reside justamente no fato de que ele permite que os investidores e a comunidade local possam empreender maior comunicação. Quando esse canal entre as partes é fechado, parte das vantagens institucionais são eliminadas¹⁶⁰.

Outro aspecto divergente é a vinculação do ombudsman ao Comitê Conjunto. Este é formado por um conjunto de agentes indicados por ambas as partes, e, considerando que as partes serão distintas para cada acordo firmado, as posições em relação à atuação do ombudsman também podem ser diferentes, o que pode gerar insegurança na atuação do órgão.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 196

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 197

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 197

3.6 Os Comitês Conjuntos

Os novos tratados de investimento tem previsto o estabelecimento de um comitê conjunto para o tratamento das questões relacionadas ao tratado. Esses comitês funcionam tanto como meios de comunicação entre os estados quanto como método de prevenção de controvérsias¹⁶¹.

Os Estados Unidos são um dos países que mais lança mão desse tipo de ferramenta. Destaca-se o tratado que assinou com a Coreia do Sul e que entrou em vigor em 2012. Este previa o funcionamento do Comitê, o qual mantinha encontros periódicos, além da criação de grupos de trabalho¹⁶².

Os ACFI preveem a utilização desse instituto. Sua função é gerir os acordos e assessorar o relacionamento comercial entre as partes. As reuniões do comitê são mantidas regularmente, com previsão de no mínimo um encontro por ano. Conforme já expôs GABRIEL¹⁶³, suas funções são:

- (i) monitorar a implementação dos ACFIs; (ii) discutir e compartilhar oportunidades de investimentos recíprocos; (iii) coordenar a implementação das agendas de cooperação e facilitação; (iv) solicitar e acolher a participação do setor privado e da sociedade civil, quando apropriado, em questões pontuais relacionadas aos trabalhos do Comitê; e (v) resolver amigavelmente quaisquer questões ou controvérsias sobre investimentos.

Cabe a esse órgão, também, tratar das controvérsias jurídicas que eventualmente possam surgir entre as partes. Embora não haja definição exata de como esse procedimento ocorrerá, trata-se de um indicativo importante de que o caminho está sendo trilhado nesse sentido¹⁶⁴.

Os ACFIs assinados pelo Brasil variam no modo como tratam os Comitês Conjuntos. No tratado assinado com Angola, a responsabilidade da elaboração de eventual mecanismo de solução de controvérsias é relegado à própria atuação do

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 200

¹⁶² *Ibid.*, p. 200

¹⁶³ *Ibid.*, p. 200

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 200

Comitê Conjunto. Os detalhes processuais, portanto, não ficaram claros naquele tratado¹⁶⁵.

Por outro lado, no tratado assinado com a Colômbia, afirma-se que o Comitê terá a função de complementar o funcionamento de um sistema de resolução de controvérsias, mas não tratará necessariamente de sua implementação. O tratado assinado com o México, por sua vez, dispõe que o Comitê Conjunto terá o encargo de formular as regras de funcionamento do sistema, atuando em sua implementação¹⁶⁶.

Nos tratados que prevêm o estabelecimento do comitê conjunto, também se prevêm a criação de grupos de trabalho *ad hoc*, que manterão contato com os Comitês Conjuntos, podendo haver participação do setor privado, mediante autorização do Comitê¹⁶⁷.

3.7. Solução de Controvérsias

O ombudsman atua como fase preventiva. Trata-se da instância inicial na qual o investidor levará o problema ou reclamação. O ombudsman atuará para administrar a controvérsias, tentar dar uma solução adequada em conjunto com os órgãos governamentais que possam prestar auxílio ao caso. Haverá interação constante entre investidores e os pontos focais¹⁶⁸.

Caso não haja sucesso, a demanda pode ser remetida ao Comitê Conjunto. No entanto, nessa fase, trata-se de um tipo diferente de legitimidade. Não é mais o investidor quem atua diretamente junto ao órgão. O Estado de origem do investidor atuará nessa instância. Apesar disso, poderá haver a participação de representantes dos investidores afetados, além dos representantes da sociedade civil que tenham interesse no caso. A partir daí, iniciam-se os diálogos entre as partes, que se encerrará por iniciativa destas após findos sessenta dias¹⁶⁹.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 200

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 201

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 201

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 207

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 208

3.8 Arbitragem entre Estados

Boa parte dos tratados de investimentos atuais contam com previsões procedimentais que preveem a utilização de arbitragem internacional. A importância deste instituto reside no fato de que, com a resolução da disputa por decisão de árbitros não vinculados necessariamente a uma das partes, tende-se a vislumbrar a despolitização da controvérsia, de modo a preservar os Estados de ontem provém as partes¹⁷⁰.

O modelo criado pelo Brasil, no entanto, não abarca essas previsões. O enfoque dado na prevenção do conflito lança o encargo da resolução do problema diretamente às estruturas de governança institucional criadas pelo ACFI. O próprio sistema deve, antes do início da controvérsia, buscar a resolução do problema em contato direto com as partes envolvidas. Caso isso falhe, o governo do Estado do investidor deverá levar a queixa ao Comitê Conjunto, que mediará o processo de resolução da controvérsia entre as partes¹⁷¹. Em último caso, a disputa pode ser levada a um tribunal arbitral, no entanto, trata-se de arbitragem entre Estados.

Conforme verificado no segundo capítulo deste trabalho, o Brasil mantém posição histórica de resistência a submeter-se a arbitragem internacional. Não é o próprio investidor que tem legitimidade para acionar os tribunais internacionais após o esgotamento das instâncias previstas pelo ACFI, mas sim os Estados partes do tratado. Tal cláusula torna o investidor dependente do juízo político feito pelo Estado para que haja a proteção de seus direitos.

Há dois modelos de solução de controvérsias elencados nos diversos ACFIs assinados. Aqueles previstos nos tratados assinados com países africanos e os previstos nos tratados assinados com México e Colômbia. Os últimos tratam em mais detalhes do mecanismo de solução de controvérsia.

Segundo GABRIEL¹⁷², o procedimento para a formação de tribunal *ad hoc* específico dar-se-á da seguinte forma:

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 209

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 209

¹⁷² *Ibid.*, p. 211

Caso seja constituído tribunal *ad hoc* específico, este será composto por três árbitros. Cada Parte designará um membro do tribunal arbitral dentro de um prazo não superior a: (i) dois meses posteriores ao recebimento da solicitação de arbitragem, conforme ACFI com o México, e (ii) três meses depois de receber a notificação de arbitragem, segundo ACFI com a Colômbia. Esses dois membros deverão instituir um outro árbitro nacional de terceiro Estado, que, após a aprovação das Partes, será nomeado Presidente do tribunal arbitral. O prazo para a nomeação do terceiro árbitro será de dois meses a contar da data de nomeação dos outros dois árbitros membros do tribunal, para o ACFI com o México, e três meses para o ACFI com a Colômbia, a partir da data de nomeação do último deles, pelo que neste acordo, a designação do Presidente deve ser aprovada pelas Partes em um prazo de um mês contado da data de sua nomeação.

No entanto, a possibilidade de formação de tribunal arbitral sempre esbarra no juízo do Estado de origem do investidor. Caso este não avoque a demanda para si, esgotam-se os recursos do investidor para a realização de direito ou compensação pelo sofrimento de danos¹⁷³.

3.9 A efetividade do sistema

Como demonstrado ao longo do trabalho, as conjunturas que levaram Brasil e Coreia do Sul a desenvolverem sistemas alternativos de proteção e promoção de investimentos tiveram origens distintas. A Coreia do Sul encontrava-se em momento de crise, buscando atrair investimentos externos para cobrir um rombo gigantesco em sua economia; para tanto, apostou num modelo de abertura ao capital estrangeiro, modelando um sistema administrativo amigável aos investimentos. O Brasil, por sua vez, gozava de atrativos suficientes para manter um fluxo de capitais favorável mesmo sem mergulhar no mundo dos BITs.

A construção dos dois modelos não poderia ter tido resultados diferentes: o Brasil manteve sua tradicional aversão à solução de controvérsias mediante arbitragem internacional, restringindo bastante a possibilidade de acessá-la. Ademais, em termos de regras substantivas, foi parcimonioso, amainando o

¹⁷³ *Ibid.*, p. 215

potencial desses tratados de proteger o investidor brasileiro no exterior. Estes continuarão tendo que, ao fim e ao cabo, depender da qualidade do sistema jurídico local para terem a possibilidade de terem suas demandas atendidas¹⁷⁴.

O modelo brasileiro acaba priorizando a proteção ao Estado em detrimento do investidor brasileiro¹⁷⁵. Mesmo quando acena com a criação de dispositivos de proteção, ameniza-o por meio da sua vinculação ao juízo político de órgãos estatais criados em conjunto com as Partes assinantes do tratado. A única possibilidade de arbitragem dar-se-á entre os Estados, o que ofusca uma das principais vantagens do sistema de arbitragem investidor-Estado, qual seja, a redução de potenciais confrontos políticos entre as Partes.

O instituto sul-coreano importado e aplicado no modelo nacional, portanto, foi essencialmente descaracterizado, o que põe em risco a possibilidade de efetividade do sistema originário. O modelo do país asiático, que foi estudado por autoridades brasileiras em visita ao escritório do KOTRA¹⁷⁶, tem se destacado ao longo da primeira década do século XXI por uma atuação bem sucedida no tratamento de queixas de investidores e prevenindo o surgimento de conflitos, tornando o ambiente de investimentos muito mais seguro e previsível.

Não obstante, é importante apontar que o sistema de atração de investimentos sul-coreano não se baseia exclusivamente no serviço prestado pelo *ombudsman*. Os problemas que não forem resolvidos no âmbito deste serviço podem recorrer a sistemas jurisdicionais nacionais e internacionais. Ao contrário da limitação imposta pelo ACFI, a política de investimentos da Coreia do Sul também apóia-se nos BITs; não repele, por isso, a resolução de controvérsia por meio de arbitragem entre investidor e Estado¹⁷⁷.

Ademais, a restrição do sistema de *ombudsmen* às partes do tratado, tal como foi instituído pelo Brasil, não se justifica. O órgão originário que inspirou o brasileiro não funciona dessa maneira: trata de serviço prestado gratuitamente, aberto ao acesso de qualquer investidor interessado em aplicar seu capital no país.

¹⁷⁴COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A proteção dos investidores nos acordos de cooperação e favorecimento de investimentos: perspectivas e limites. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 13, n. 49, p.127-155, abr. 2016. pg. 12

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 12.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 13

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 13

Se o intuito é facilitar investimentos, o fato de estar disponível a qualquer interessado torna-se premente.

A opção do Brasil pela prevenção é clara. O que se deve ter em conta, no entanto, é em que medida o sacrifício de um sistema mais despolitizado, que permita o acesso pelo investidor a mecanismos de solução de controvérsias isentos, pode significar em termos de redução da alavancagem na mesa de negociações. Se o investidor depende de decisão do Estado do qual é nacional para levar o conflito, em última instância, a arbitragem internacional, o potencial para a resolução do conflito torna-se mais frágil.

O modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento criado pelo Brasil certamente é um avanço em relação à posição histórica brasileira, afinal, demonstra interesse em trazer mudanças numa área que sempre foi bastante limitada. Por outro lado, é essencial que o sistema elaborado passe por constantes aprimoramentos, para que, no cotejo entre seu fundamento teórico e sua aplicação prática, seja possível garantir um ambiente de investimentos saudável para o investidor brasileiro no exterior, sem abrir mão nem da capacidade de atrair investimentos, nem da liberdade de ação dentro do próprio território nacional.

CONCLUSÃO

Buscou-se, por meio deste trabalho, explorar a postura brasileira ao longo dos anos a respeito dos investimentos internacionais. Pôde-se observar que, embora o país esteja caminhando no sentido correto em termos de inserção no sistema internacional, ainda há uma longa trajetória pela frente no que tange à superação da forte resistência a aceitar a arbitragem como meio adequado para defender seus interesses.

O estabelecimento dos ombudsmen e dos comitês conjuntos, inspirados no modelo sul coreano, teve a virtude de criar importantes espaços de comunicação entre Estado e investidor. O enfoque na prevenção de conflitos é meio notável de criação de ambiente de segurança jurídica e oportunidades de investimento. No entanto, o passo além ainda não foi dado, o que não só fragiliza o cenário de recepção de investimentos, mas também dificulta a defesa dos interesses brasileiros no exterior.

O exemplo do *treaty shopping*, trazido no segundo capítulo, demonstra a importância de oferecer instrumentos adequados para assegurar os investimentos brasileiros no exterior. Por um lado, é possível verificar os mecanismos de defesa que surgem no próprio sistema, por outro, ilustram a necessidade de oferecer um quadro mais favorável e acessível a todos os investidores.

Estudos subsequentes podem lançar mão da experiência acumulada pelo Brasil por via dos tratados já assinados e pelos que ainda o serão. A escassez de dados disponíveis em razão da novidade dos ACFIs tende a ser superada à medida que novos tratados sejam assinados, abrindo espaço para novos e mais precisos estudos a respeito do tema.

REFERÊNCIAS

ABDENUR, Adriana Erthal; MUGGAH, Robert. **A Nova Rota da Seda e o Brasil**. 2017. Disponível em: <<http://diplomatie.org.br/a-nova-rota-da-seda-e-o-brasil/>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

ABREU, Alzira Alves de. **DESENVOLVIMENTISMO**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/desenvolvimentismo>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

ABREU, Marcelo de P. et al. (Ed.). **A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana, 1889-1989**. Ed. Campus, 1989.

BERGE, Tarald Laudal. **The power of expertise in BIT negotiations**. 2016. Disponível em: <<http://mappinginvestmenttreaties.com/blog/2016/10/power-expertise/>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. História da política exterior do Brasil. 2014. p. 299.

CHERRY, Judith. Killing five birds with one stone: Inward foreign direct investment in post-crisis Korea. **Pacific Affairs**, v. 79, n. 1, p. 9-27, 2006.

COELHO, Lucina; FRIAS, Maria Cristina. **Investimento estrangeiro no Brasil chega a US\$ 75 bilhões em 2017**. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/01/1952672-investimento-estrangeiro-no-brasil-chega-a-us-75-bilhoes-em-2017.shtml>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

COLLINS, David. **An Introduction to International Investment Law**. Cambridge University Press, 2016.

COSTA, José Augusto Fontoura; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A proteção dos investidores nos acordos de cooperação e favorecimento de investimentos: perspectivas e limites. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 13, n. 49, p.127-155, abr. 2016.

COSTA, José Augusto Fontoura; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. de. Mecanismo complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros?. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 59-75, jul. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35183/33987>>. Acesso em: 11 Abr. 2018.

CURADO, Marcelo C.; CRUZ, Márcio. Investimento Direto Externo no Brasil: uma análise para o período de alta inflação. **Economia e Sociedade**, v. 21, n. 2, p. 275-300, 2012.

DAHLBERG, Andrea. **Fork-in-the-road provisions in investment treaties**. 2009.

Disponível em:

<<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Fork-in-the-road-provisions-in-investment-treaties.aspx>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

DE OLIVEIRA, Giuliano Contento; MAIA, Geraldo; MARIANO, Jefferson. O sistema de Bretton Woods e a dinâmica do sistema monetário internacional contemporâneo. **Pesquisa & Debate. Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política**. ISSN 1806-9029, v. 19, n. 2 (34), 2008.

FERNANDES, Érika Capella. A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros: análise da posição latino-americana frente ao ICSID. 2015.

FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: Uma análise comparada. **Ril Brasília**, Brasília, v. 208, n. 58, p.247-276, out. 2015.

FIETTA, Stephen. Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?. **International Arbitration Law Review**, v. 8, n. 4, p. 136, 2005.

FOREIGN INVESTMENT OMBUDSMAN/KOTRA (Coreia do Sul). **Foreign Investment Ombudsman Annual Report 2014**. 2015. Disponível em: <http://125.131.31.47/Solars7DMME/004/15Foreign_Investment_Ombudsman_Annual_Report2014.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

FUKUYAMA, Francis. The end of history?. **The national interest**, n. 16, p. 3-18, 1989.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior**. 2015. 270 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GREGORY, Denise; OLIVEIRA, M. F. B. A. O desenvolvimento de ambiente favorável no Brasil para a atração de investimento estrangeiro direto. **Brasília: INVESTE BRASIL**, 2005.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. **Investment: Without investment, sustainable development is impossible..** Disponível em: <<http://www.iisd.org/topic/investment>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

INVESTOPEDIA. **Asian Financial Crisis**. Disponível em: <<https://www.investopedia.com/terms/a/asian-financial-crisis.asp>>. Acesso em: 23 set. 2018.

KALLÁS, Fernanda Araújo et al. DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS NA ATUALIDADE: UMA ANÁLISE DA POSIÇÃO BRASILEIRA. **E-Civitas**, v. 3, n. 2, 2010.

KIHWAN, Kim. **The 1997-98 Korean Financial Crisis: Causes, Policy Response, and Lessons**. 2006. Disponível em:
<<https://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2006/cpem/pdf/kihwan.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

KOREAN LII. **Foreign Investment Ombudsman**. Disponível em:
<http://koreanlii.or.kr/w/index.php/Foreign_Investment_Ombudsman?ckattempt=1>. Acesso em: 23 set. 2018.

KUEPPER, Justin. **The Asian Financial Crisis: Asian Financial Crisis Causes, Resolution, and Lessons**. 2018. Disponível em:
<<https://www.thebalance.com/what-was-the-asian-financial-crisis-1978997>>. Acesso em: 27 set. 2018.

LALANI, Shaheez; LAZO, Rodrigo Polanco (Ed.). **The role of the state in investor-state arbitration**. Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

MAFFEZINI, Emilio Agustín. **v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7**, Decision on Jurisdiction of 25 January 2000, 5 ICSID Reports 396, 2002.

MOROSINI, Fabio Costa; JUNIOR, Ely Caetano Xavier. Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, 2015.

Reif, Linda C. *The ombudsman, good governance, and the international human rights system*. Vol. 79. Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHNEIDER, Marília Luísa. O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL PÓS PLANO REAL.

SEXTON, Jay. **The Monroe Doctrine: Empire and Nation in Nineteenth-Century America**. Hill and Wang, 2011.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The international law on foreign investment**. Cambridge university press, 2017.

VANDEVELDE, Kenneth J. A brief history of international investment agreements. **UC Davis J. Int'l L. & Pol'y**, v. 12, p. 157, 2005.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **The General Agreement on Trade in Services (GATS): objectives, coverage and disciplines**. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsqa_e.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Trade and Investment**. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/invest_e.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Understand the WTO: Basics: The Uruguay Round**. Disponível em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact5_e.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in) definições de investimentos estrangeiros. **RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: Renovar**, p. 11-43, 2014.